

Die Prozessvollmacht
des gewillkürten und des nach Privatrecht
bestellten gesetzlichen Vertreters
im zürcherischen Zivilprozess

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

RUTH NÄF
von Rheinau ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Zürich, 1952

Buchdruckerei Carl Meyer, Rapperswil SG

Die Prozessvollmacht
des gewillkürten und des nach Privatrecht
bestellten gesetzlichen Vertreters
im zürcherischen Zivilprozess

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

RUTH NÄF
von Rheinau ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Zürich, 1952

Buchdruckerei Carl Meyer, Rapperswil SG

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 16. Februar 1952.



Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiss

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

§ 1.	Stellvertretung und Vollmacht	9
§ 2.	Die Vollmachterteilung als einseitiges Rechtsgeschäft	11
§ 3.	Inhalt und Wirkung der Vollmachterteilung	12

Die Prozessvollmacht des gewillkürten und des nach Privatrecht bestellten gesetzlichen Vertreters im zürcherischen Zivilprozess

§ 4.	Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht	16
§ 5.	Die Vollmachterteilung zum Prozess als Prozesshandlung	22
§ 6.	Voraussetzungen der Vollmachterteilung	23
§ 7.	Der Vollmachterteiler	25
	I. Die natürliche Person als Erteiler der Vollmacht in eigener Sache	25
	1. Vollprozessfähige	26
	2. Beschränkt Prozessunfähige	26
	3. Beschränkt Prozessfähige	32
	4. Völlig Prozessunfähige	34
	II. Vollmachterteilung durch Gesetz	34
	III. Vollmachterteilung durch den gesetzlichen Vertreter	35
	IV. Vollmachterteilung durch den gewillkürten Vertreter	36
	V. Vollmachterteilung durch den gewillkürten Prozessvertreter (Substitution)	37
§ 8.	Die Anfechtbarkeit der Vollmachterteilung	37
§ 9.	Der Empfänger der Prozessvollmacht	38
	I. Der gewillkürte Vertreter als Vollmachtempfänger	38
	II. Der gesetzliche Vertreter als Vollmachtempfänger	39
	1. Eltern und Vormund	40
	2. Der Ehemann gemäss ZGB 168	42
	3. Der Prokurist einer juristischen Person	43

4. Die Organe der juristischen Personen des Privatrechtes	44
5. Die gesetzlichen Vertreter der nach Privatrecht parteifähigen Gebilde	44
6. Gesetzliche Vertreter von Sondervermögen	45
7. Der Erbschaftsverwalter nach ZGB Art. 554 und 559, der amtlichen Erbenvertreter nach ZGB Art. 602 III und der Willensvollstrecker nach ZGB Art. 518	46
8. Geschäftsführender Gesellschafter der einfachen Gesellschaft	46
9. Der Konkursgläubiger nach SchKG Art. 260	47
III. Der Armenanwalt als Vollmachtempfänger	48
§ 10. Die Postulationsfähigkeit	49
I. Der gewillkürte Prozessvertreter und die Parteien	49
II. Der gesetzliche Vertreter	50
§ 11. Adressat der Vollmachterteilung	50
§ 12. Form der Erteilung der Prozessvollmacht	51
§ 13. Ausweis über die Vollmacht	51
I. Durch den gesetzlichen Vertreter	51
II. Durch den gewillkürten Vertreter	51
§ 14. Wirkungen der Vollmachterteilung auf den Vollmachtgeber, den Vollmachtnehmer und Dritte	52
I. Bei der gewillkürten Vertretung	52
1. Der Vollmachtnehmer	52
2. Der Vollmachtgeber	53
3. Der Dritte	54
II. Bei der gesetzlichen Vertretung	54
1. Der Vollmachtnehmer	54
2. Der Vertretene	55
3. Der Dritte	55
§ 15. Inhalt der Vollmachtsurkunde	55
§ 16. Prüfung des Vorliegens der Vollmachtsurkunde	56
§ 17. Der Umfang der Prozessvollmacht des Anwaltes	57
I. Die Vollmacht mit kasuistischer Aufzählung der Prozesshandlungen	57
II. Die Generalvollmacht zur Prozessführung	58
§ 18. Umfang der Prozessvollmacht des gesetzlichen Vertreters	67
I. Der Umfang der Prozessvollmacht des Vormundes	68
II. Umfang der Vollmacht von Beistand und Beirat	72

III. Umfang der Vollmacht des Ehemannes nach ZGB Art. 168 und 202	77
IV. Umfang der Prozessvollmacht des Prokuristen	79
V. Umfang der Prozessvollmacht aus Dienstvertrag und Auftrag	80
VI. Umfang der Vollmacht des zur Vertretung berufenen Organs der juristischen Person, sowie der gesetzlichen Vertreter, die zur Vertretung der nach Privatrecht parteifähigen Gebilde legitimiert sind	80
VII. Umfang der Prozessvollmacht der gesetzlichen Vertreter von Sondervermögen	81
VIII. Umfang der Vollmacht des Willensvollstreckers, des amtlichen Erbschaftsverwalters nach ZGB Art. 554 und des Erbenvertreters nach Art. 602	82
IX. Umfang der Vollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters der einfachen Gesellschaft	82
X. Umfang der Vollmacht des Abtretungsgläubigers nach SchKG Art. 260	83
§ 19. Der Mangel der Vollmacht	83
I. Der Mangel der Vollmacht besteht schon bei Klageerhebung	85
1. Einfluss auf das Verfahren	85
a) Feststellung des Mangels durch das Gericht	85
A. Bei Einleitung der Klage	85
B. Nach eingeleiteter Klage	87
b) Rüge des Mangels durch die Partei	87
2. Kostentragung	89
a) Der Richter hat bei Einleitung des Verfahrens den Mangel erkannt und gerügt	90
A. Der Vertreter wird zurückgewiesen	91
B. Der Vertreter wird vorläufig zugelassen	91
aa) Der Auftraggeber hat die Vollmacht in Aussicht gestellt	91
bb) Der Vertreter hat als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt	91
b) Der Mangel der Vollmacht wurde erst im Laufe des Verfahrens durch Gericht oder Parteien festgestellt und gerügt	91
A. Die Verantwortlichkeit der Beamten	92
B. Der gute Glaube der am Prozess Beteiligten	94
aa) Der gute Glaube des Gerichtes	94
bb) Der gute Glaube des Vertreters	94
cc) Der gute Glaube der Gegenpartei	95

II. Die Klage ist wirksam erhoben	96
1. Ein Vertreter tritt im Prozess ohne Vollmacht auf	96
2. Der Vertreter hat nur einzelne Prozesshandlungen in Ueberschreitung der Vollmacht ausgeführt	97
§ 20. Die Genehmigung	98
§ 21. Erlöschen der Vollmacht	99
§ 22. Aufhebung der Vollmacht	105
I. Aufhebung der Vollmacht durch den Bevollmächtigten	105
II. Aufhebung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber	106
1. Widerruf der Vollmacht	106
2. Kündigung der Vollmacht	107
Literaturverzeichnis	108

Abkürzungen

- BGE = Entscheidungen des Bundesgerichtes.
Blätter = Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
RAG = Gesetz über den Rechtsanwaltberuf vom 3. 7. 1938.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
SJZ = Schweizerische Juristenzeitung.
VJS = Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung.
ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZSR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZZP = Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Einleitung

§ 1. Stellvertretung und Vollmacht

Die Rechtsordnung räumt dem Einzelnen im Rahmen des objektiven Rechtes subjektive Rechte ein. Träger solcher Rechte ist der, auf dessen Namen sie lauten*. In ihrer Gesamtheit bilden sie den Rechtskreis einer Person. Da die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, jeder natürlichen und juristischen Person zuerkannt ist, sind sie alle imstande, einen Rechtskreis zu besitzen. Es ist dazu kein weiteres Erfordernis nötig, als ihre Existenz, d. h. die natürliche Person muss geboren, die juristische Person gemäss den gesetzlichen Vorschriften entstanden sein.

Mit der Feststellung, dass jede natürliche und juristische Person rechtsfähig ist, sagt man aber nichts darüber aus, ob sie auch Rechte und Pflichten begründen oder aufgeben kann. Im Interesse des Rechtsträgers selbst müssen hier, im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit, gewisse Bedingungen erfüllt werden. Das Rechtssubjekt muss urteilsfähig und mündig sein**. Wo aber das Gesetz aus Gründen, die entweder in der Person selbst oder im Verhältnis der Person zur Sache bestehen (Sachlegitimation), die Ausübung dieser Rechte nicht gestattet, muss es dafür sorgen, dass den Betroffenen dadurch keine Nachteile erwachsen.

Ausser diesem Nichtausübenkönnen der Rechte von Gesetzes wegen tritt oft der Fall des Nichtausübenkönnens oder -wollens aus persönlichen Gründen ein, sei es wegen mangelnder Gesundheit, Abwesenheit usw. Die Bedürfnisse des Verkehrs verlangen auch in solchen Fällen dringend, dass ein Dritter an Stelle des Berechtigten handeln kann. Das Gesetz hat, um den Verhältnissen gerecht zu werden, die Stellvertretung geschaffen und zwar, im Hinblick auf

* Rosenberg, Stellvertretung, S. 4, 5.

** Gewisse Ausnahmen bestehen zu Gunsten urteilsfähiger Unmündiger.

die beiden eben erwähnten Möglichkeiten, die gesetzliche und die gewillkürte Stellvertretung.

Je nach dem Verhältnis zwischen Stellvertreter und Vertretenem lässt sich zwischen direkter und indirekter Stellvertretung unterscheiden. Indirekt ist sie, wenn Rechtsbeziehungen lediglich zwischen Vertretenem und Vertreter einerseits und Vertreter und Drittem andererseits vorhanden sind. Besteht hingegen auch eine Rechtsbeziehung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, so handelt es sich um die direkte Stellvertretung. Dank dieser direkten Beziehungen treten die Wirkungen der Handlungen des Stellvertreters unmittelbar im Rechtskreis des Vertretenen auf. Um dies zu erreichen, musste ein Rechtsinstitut geschaffen werden, durch welches der zu Vertretende seinen Rechtskreis den Handlungen des Vertreters zu öffnen vermag, so dass dessen Handlungen darin ihre Wirkungen zu entfalten imstande sind. Das Öffnen des Rechtskreises kann naturgemäss nur durch den Berechtigten selbst, oder aber in gewissen Fällen durch Gesetz geschehen.

Dies allein genügt jedoch zur Herbeiführung direkter Wirkungen beim Vertretenen nicht. Erforderlich ist auch ein bestimmtes Verhalten des Bevollmächtigten. Was dieses anbelangt, fällt dessen genauere Betrachtung nicht mehr in den Rahmen der vorliegenden Arbeit und soll deshalb lediglich erwähnt werden: Der Vertreter seinerseits muss bei seinen Handlungen Bezug nehmen auf den Vertretenen. Es genügt eine konkludente Willensäusserung und in Ausnahmefällen sogar der nicht geäusserte Wille *.

Was uns hier hingegen interessiert, ist die Vollmacht, welche ermöglicht, dass die im Namen des Vertretenen vorgenommenen Handlungen des Vertreters ihre Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen entfalten können.

Die Terminologie ist, soweit sie sich auf die Vollmacht bezieht, sehr uneinheitlich. Oft wird für Vertretungsmacht (ob sie sich nun aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ableite), für Vollmachtsurkunde und auch für die Willenserklärung, die die Vertretungsmacht entstehen lässt, das Wort «Vollmacht» verwendet **. Gebräuchlich ist es vor

* OR 32.

** Vergleiche Burckhardt, Einführungen S. 46, Hupka S. 1, 2, Anmerkung 1, Thalmessinger S. 2 und Anmerkung 2, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 30/341, von Tuhr, BGB § 85, Stein-Jonas-Schönke, Komm. zur deutschen ZPO § 80 I.

allem für die Vertretungsmacht und die Urkunde. Da sich aus dem Zusammenhang aber meist ergibt, was gemeint ist, und ausserdem im Prozess Vollmachtsurkunde und Vertretungsmacht ganz besonders eng verknüpft sind, wie wir sehen werden, ist die Gefahr von Missverständnissen eigentlich gering.

§ 2. Die Vollmachterteilung als einseitiges Rechtsgeschäft

Die Vollmachterteilung ist heute unbestrittenermassen ein Rechtsgeschäft. Erst bei der näheren Bestimmung dieses Rechtsgeschäftes gehen auch heute noch die Meinungen auseinander, indem es einerseits als einseitiges Rechtsgeschäft, andererseits als Vertrag aufgefasst wird. Letztere Richtung spaltet sich dann auf in die Anhänger der Meinung, es handle sich um einen Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer und in diejenigen, welche den Vertrag als zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten geschlossen betrachten. Der Höhepunkt dieser Kontroverse ist allerdings überschritten, indem durch die scharfsinnige Argumentation verschiedener Autoren, wie z. B. Rosenbergs und Hupkas, die Konstruktion der Vollmacht als Vertrag widerlegt wurde. Man kann sagen, dass die heutige Lehre allgemein in der Vollmachterteilung ein einseitiges Rechtsgeschäft sieht¹. Uneinigkeit herrscht hingegen bezüglich der Begründung dieser Auffassung². Diese hängt sehr eng mit der Ansicht über den Inhalt des Rechtsgeschäftes zusammen und da diesbezüglich die verschiedenartigsten Theorien vertreten werden, ist es verständlich, dass die Begründungen ebenso voneinander abweichen.

Obwohl das schweizerische OR das einseitige Rechtsgeschäft nirgends ausdrücklich erwähnt, so ist es doch tatsächlich durch die Terminologie verschiedener Artikel anerkannt, wie z. B. durch ZGB Art. 498, 566³. Im Gegensatz zum alten OR ist die Fassung

1 Die Voraussetzung dieser Auffassung war die Erkenntnis der Unabhängigkeit der Vollmacht von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte. Laband ist der Begründer der Lehre. (Zeitschrift für das gesamte deutsche Handelsrecht, Band 10/183 ff.) Er selbst betrachtet freilich die Vollmachterteilung noch als Konsensualvertrag.

2 Eine Zusammenstellung findet sich bei Hupka, Stellvertretung, S. 87, A. 2.

3 v. Tuhr, Schweizerisches OR, allg. Teil I, S. 135. 2. Auflage.

des heutigen, in bezug auf die Auffassung der Vollmachtserteilung, eindeutig. Sie wird als einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet ⁴.

Mit der Anerkennung der Vollmacht als einseitigem Rechtsgeschäft ist gesagt, dass die Erklärung einer Partei eine Rechtswirkung herbeizuführen vermag ⁵. Sie bewirkt einen Eingriff in den Rechtskreis des Bevollmächtigten, was das Gesetz grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässt. Eine Ausnahme wird nur dort gestattet, wo dem Dritten daraus nur Vorteile erwachsen können ⁶. Diese Rechtfertigung für die Einseitigkeit eines Rechtsgeschäftes trifft auch für den Fall der Bevollmächtigung zu, indem die dem Bevollmächtigten eingeräumte Möglichkeit, einen andern zu berechtigen und zu verpflichten, für den Bevollmächtigten keine nachteiligen Folgen haben kann ⁷.

Es liegt im Wesen einer solchen einseitigen Handlung, dass sie lediglich dem Adressaten mitgeteilt und zugegangen sein muss. Hingegen braucht diese Willenserklärung von diesem nicht angenommen zu werden ⁸.

§ 3. Inhalt und Wirkung der Vollmachtserteilung

Es wurde festgestellt, dass es sich bei der Vollmachtserteilung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handle. Was ist nun aber eigentlich der Inhalt dieses Rechtsgeschäftes? Das Gesetz schweigt darüber. Es umschreibt lediglich seine Wirkung, die dahin geht, dass die Folgen

⁴ Das alte OR spricht in Art. 39, 40 von «Vertragsmässig erteilter Vollmacht» (1905) im Gegensatz zum heutigen OR, das die Wendung «... durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung...» gebraucht. Ein Rückfall bzw. ein Versehen, wie Oser meint (Komm. Art. 32, N. 19) stellt das «vereinbart» in Art. 35 OR dar (v. Tuhr, a. a. O. S. 309, A. 6). In Anbetracht der übrigen eindeutigen Terminologie erscheint dies jedoch nicht von Wichtigkeit. Die Ansicht, es handle sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, wird vertreten durch: Becker, Komm. zu Art. 32 OR, N. 2. Oser, Komm. zu OR 32 N. 19. Eule, S. 3. Eccius, S. 209, 210. v. Tuhr, a. a. O. S. 135. Rosenberg, S. 608. Karlowa, S. 59. BGB § 167 (Prot. I., S. 145, Bd. IV, S. 134). Affolter S. 123. (Hier weitere Lit.-Angaben.) Hellmann S. 109 ff. Lenel S. 14. Leonard, Allg. Teil, S. 315.

⁵ Guhl, S. 82, v. Tuhr a. a. O. S. 138, A. 3.

⁶ v. Tuhr, Bürgerl. Recht, Bd. II, 1. Halbband, S. 204.

⁷ Hupka, S. 59, 88.

⁸ Rosenberg, S. 609.

der Handlungen des bevollmächtigten Vertreters unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten⁹, wenn sie in dessen Namen vorgenommen wurden.

Dies gilt ausser für die Vollmacht auch für die Genehmigung. Daraus folgt, dass sie ebenfalls eine bestimmte Art der Vollmacht, nämlich die nach Geschäftsabschluss erteilte, sein muss¹⁰. Der Inhalt der Vollmacht muss deshalb so bestimmt werden, und kann nur dann richtig bestimmt sein, wenn er den Eintritt der unmittelbaren Wirkungen in der Person des Vertretenen zu erklären vermag¹¹, gleichgültig ob die Vollmacht vor Geschäftsabschluss oder nachher, als Genehmigung, erteilt wird.

Hupka vertritt den Standpunkt¹², und dies ist auch die Ansicht der herrschenden Lehre¹³, der Vertreter habe durch die erteilte Vollmacht eine *Macht*, den Vollmachtgeber zu berechtigen und zu verpflichten, d.h. die Wirkung seiner Handlung bei dem Vertretenen eintreten zu lassen. Diese sei weder ein Recht noch eine Pflicht, sondern lediglich eine rechtliche Fähigkeit¹⁴ und bewirke keine subjektive Beziehungen zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter¹⁵.

Würde die Vollmachterteilung wirklich die Rechtsmacht des Vertreters begründen, die Wirkungen seiner Handlungen bei dem Vertretenen eintreten zu lassen, so wäre eine nachträgliche Genehmigung unmöglich, da nicht nachträglich erteilt werden kann, was

9 Es ist hier nur die Rede von den Wirkungen der Vollmacht in bezug auf den Vertreter und den Vertretenen, nicht aber in bezug auf einen Dritten, der rechtsverbindlich für den Vertretenen dem Vertreter gegenüber handeln kann. Vgl. dazu Hellwig II, S. 411 a. E., Guldener I, S. 173, A. 1; ZJP 39/376.

10 A. A. Hellwig, ZJP 39/372.

11 Rosenberg, Stellvertretung, S. 124.

12 Hupka, S. 88.

13 Hellmann, S. 25, 109. Regelsberger, Pandekten, 592 ff. Wach, I, S. 568. Zimmermann, S. 87. Hupka, S. 89. Oser, Komm. zu OR 32, N. 27. v. Tuhr, Allg. Teil, OR I, S. 135, Bürgerl. Recht II, 1. Halbband, S. 165. (Hier anerkennt er die Mängel dieser Theorie.)

14 Rosenberg, Stellvertretung, S. 594, mit Lit.-Angaben. Eccius, S. 210.

15 Rosenberg, Stellvertretung, S. 121, 127 ff., 605.

Oser, Art. 32, N. 27. Eccius, S. 210.

A. A. Hellwig, ZJP 39/521 ff.

konstitutiv für den Eintritt der Rechtswirkungen vorhanden sein muss¹⁶.

Die Auffassung der Vollmacht als Macht genügt unsern am Anfang dieses Abschnittes aufgestellten Anforderungen deshalb nicht, da sie die direkte Wirkung der nachträglich genehmigten Geschäfte nicht erklärt.

Wie schon erwähnt, lehnt auch Rosenberg die Machttheorie ab. Seine Auffassung soll hier ganz kurz dargestellt werden durch seine eigenen Worte: «Die Vollmacht des Geschäftsherrn ist eine Zustimmungserklärung und zwar zu den vom Vertreter erzeugten Rechtswirkungen. Sie ist keine Zustimmung zu stellvertretendem Handeln als solchem¹⁷, sondern zu dem Ergebnisse dieses Handelns. Sie bewirkt daher nicht die Anknüpfung subjektiver Beziehungen, weder zu dem Bevollmächtigten noch zu dem Dritten Geschäftsgegner¹⁸. Sie ist nur objektiv auf die Aneignung des Produktes der Tätigkeit des Vertreters gerichtet, nur diesem Produkt eröffnet sie den Rechtskreis des Machtgebers»¹⁹. Fasst man die Vollmacht auf diese Weise auf, so ist es einleuchtend, dass sie auch nachträglich erteilt werden kann, d. h. dass das ohne Vollmacht abgeschlossene Geschäft genehmigungsfähig ist. Eine wichtige Konsequenz dieser Auffassung ergibt sich für die Frage, ob Vollmacht zu Prozesshandlungen im Wesen das gleiche sei, wie Vollmacht zum Abschluss von Rechtsgeschäften. Ist die Vollmachterteilung Zustimmung zu dem Handlungsergebnis des Vertreters, so ist es gleichgültig, ob die Handlung an sich ein Rechtsgeschäft oder eine Prozesshandlung ist. Die Vollmacht zu Prozessführung muss deshalb ihrem

16 Karlowa, S. 59; weitere Begründungen für die Ablehnung der Vollmacht als einer Rechtsmacht bei: v. Blume, Iherings Jahrbuch 48/429, A. 2, Rosenberg, Stellvertretung, S. 119, Schlossmann, Stellvertretung, I, S. 229 ff.; v. Canstein, Buschs Archiv für HR 21/291 ff.; Koepfen, Iherings Jahrbuch 11/313, 359.

17 Vgl. Lehrbuch, 4. Auflage, S. 199.

18 Darin stimmt Rosenberg mit Vertretern der Rechtsmacht-Theorie überein. Vgl. hier S. 6.

19 Rosenberg, a. a. O. S. 127.

Ausser bei den von Rosenberg selbst angeführten Autoren (S. 128, A. 1), die seine Ansicht stützen, taucht der Begriff der Zustimmung auch bei v. Tuhr (Allg. Teil zum OR, I, S. 140, Oser-Schönenberger, Komm. zu Art. 32, N. 16) und Oser-Schönenberger auf. Diese fassen allerdings die Zustimmung nicht genau in der von Rosenberg gekennzeichneten Art auf, sondern sehen in der Zustimmung den Oberbegriff zur Vollmacht.

Wesen nach das gleiche sein, wie die Vollmacht zu rechtsgeschäftlichem Handeln²⁰. Anders läge der Fall, wenn die Vollmacht Zustimmung zum H a n d e l n des Vertreters wäre. Dann müsste untersucht werden, ob die Vollmacht zur Prozessführung der Vollmacht zum Abschluss von Rechtsgeschäften wesensgleich ist, da Prozesshandlungen keine zivilen Rechtsgeschäfte sind²¹.

20 Rosenberg, a. a. O. S. 50. Zustimmend: Hellwig ZZP 39/369.

Es ist zu bemerken, dass Ausdrücke wie «Vollmacht zu rechtsgeschäftlichem Handeln» irreführend sind. Rosenberg, S. 144.

21 Rosenberg, a. a. O. S. 57.

Die Prozessvollmacht des gewillkürten und des nach Privatrecht bestellten gesetzlichen Vertreters im zürcherischen Zivilprozess

Wenn wir von der allgemeinen Besprechung der Vollmacht zur Prozessvollmacht übergehen, nehmen wir damit eine Unterscheidung der allgemeinen Vollmacht vor unter dem Kriterium des Rechtsverhältnisses, das der Vollmachterteilung zu Grunde liegt. Geht man für die Einteilung von dem Kriterium des Entstehungsgrundes der Vollmacht aus, so gelangt man zur Unterscheidung von gesetzlich und rechtsgeschäftlich eingeräumter Vollmacht. Ist hingegen für die Unterscheidung der Umfang der Vollmacht massgebend, so spricht man von einer General- bzw. Spezial- oder Einzelvollmacht. Schliesslich wäre noch eine Unterscheidung nach dem Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht (vor oder nach Geschäftsabschluss) zu machen, wobei wir dann von Zustimmung bzw. Genehmigung sprechen müssten. Selbstverständlich kann die Vollmacht gleichzeitig unter mehreren Gesichtspunkten gewürdigt werden.

Ziel dieser Arbeit ist es, die Prozessvollmacht zur Führung von Zivilprozessen, speziell nach zürcherischem Recht, darzustellen. Wir werden sehen, dass auch diese durch Rechtsgeschäft oder durch Gesetz²² eingeräumt sein kann, dass sie im Umfang sehr verschieden sein und schliesslich auch vor oder nach der Prozesshandlung erteilt werden kann.

§ 4. Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht

Die Frage, ob es sich bei einer Norm oder einem Normenkomplex um öffentliches oder privates Recht handle, wird dadurch entschieden, ob das Gesetz, in dem die Materie geregelt ist, zum öffentlichen

²² Berücksichtigt werden nur die nach Privatrecht bestellten gesetzlichen Vertreter.

oder privaten Recht gezählt wird²³. Die Stellvertretung und damit die Bevollmächtigung ist aber eine Erscheinung, die nicht nur im Privatrecht, sondern ebenso im öffentlichen Recht vorkommt und in den entsprechenden Gesetzen ihre Regelung gefunden hat. Deshalb gehört sie, je nachdem sie im Zusammenhang mit öffentlich- oder privatrechtlichen Verhältnissen erteilt wurde, einmal zum Privatrecht, das andere Mal zum öffentlichen Recht. Mit Bezug auf das Verhältnis dieser beiden Vollmachten, nämlich der öffentlich- und der privatrechtlichen, sind zwei Standpunkte möglich. Entweder betrachtet man die Vollmacht zu Rechtsgeschäften und die Vollmacht zur Prozessführung als zwei voneinander unabhängige Arten der Vollmacht²⁴, oder aber man betrachtet sie als einheitliche Erscheinung, die je nach dem Gesetz, in dem sie ihre Regelung gefunden hat, einmal als Institut des Privatrechtes, das andere Mal als solches des öffentlichen Rechtes erscheint. Sind wir nun oben, Seite 14, davon ausgegangen, dass es gleichgültig sei, ob Vollmacht zu Prozesshandlungen oder Rechtsgeschäften erteilt werde, teilen wir konsequenterweise auch hier die Auffassung, die Vollmacht sei eine einheitliche Erscheinung. In welchem Verhältnis stehen nun die Normen über die Vollmacht im OR zu denen in der zürcherischen ZPO? Richtigerweise ist von den bundesrechtlichen auszugehen. Sie wurden in Ausübung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Zivilrecht ins OR aufgenommen. Gleichgültig ist dabei, ob der Erlass dieser Normen tatsächlich in den Kompetenzbereich des Bundes fällt oder nicht. Hat die Vollmacht ihre Regelung im OR gefunden (OR 32 ff), so gehört sie zum Bundesrecht, hat privatlichen Charakter und ist jedenfalls gültig.

Es stellt sich uns nun die Frage, auf Grund welcher Ursprungsnorm eine Regelung der Vollmacht ins Prozessrecht kam, nachdem der Bund die Gesetzgebung darüber für sich in Anspruch genommen hat. Ferner ist festzustellen, in welchem Umfang diese Ermächtigung erfolgte, und ob sich das Prozessgesetz in dem ihm zugestandenen Rahmen hält. Gehen wir von der Betrachtung dieser Ermächtigungsnorm aus. In Frage kommt BV 64 III. Als zweites ist die Bedeutung von OR 33 abzuklären. Nach BV 64 III ist es selbstverständlich Sache des Prozessgesetzes, rein verfahrensmässige und organisatorische Vorschriften, wie etwa über den Nachweis der Vollmacht, zu erlassen.

²³ Vetter, S. 9. Fleiner, Institutionen, 3. Aufl., S. 51.

²⁴ Rosenberg lehnt dies ab, vgl. «Stellvertretung», S. 9.

Nicht gedeckt dadurch sind hingegen allfällige Vorschriften einer kantonalen ZPO, die materielles Recht über die Vollmacht enthalten²⁵. Hat der Bund die Kompetenz zur Regelung der Vollmacht und damit auch der Prozessvollmacht (soweit sie materieller Art ist) beansprucht, so steht es ihm doch frei, zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung einen Vorbehalt zu statuieren. Das hat er in OR 33 auch tatsächlich getan²⁶. Gestattet er nun dadurch dem kantonalen Recht, auf einem Gebiet zu legiferieren, das eigentlich in seinen eigenen Kompetenzbereich fallen würde, oder bestätigt er einfach eine schon bestehende Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers? Mit andern Worten ist Art. 33 I als echter Vorbehalt aufzufassen, der den Kantonen eine Ermächtigung zur Gesetzgebung gewährt in einer ihnen nicht zustehenden Materie, oder als unechter, der das kantonale Recht auf einem Gebiet vorbehält, das diesem ursprünglich zusteht²⁷? Die Antwort darauf ergibt sich aus den obigen Ueberlegungen. Soweit es sich um Organisationsnormen oder Verfahrensvorschriften handelt, ist der Vorbehalt unecht, da sich die Kompetenz der Kantone schon aus der Verfassung ergibt. Hingegen ist er bezüglich der übrigen Normen, die die Vollmacht materiell regeln, als echt zu betrachten.

Es fragt sich nun, ob der Bund die Kantone zwingen wollte, die Stellvertretung auf dem Gebiete des Prozessrechtes anzuerkennen und über sie zu legiferieren. Mit andern Worten: Es ist festzustellen, ob ein obligatorischer oder fakultativer Vorbehalt²⁸ statuiert werden wollte²⁹.

Ein Vorbehalt ist sicher dann immer zwingend, wenn die sich darauf stützenden Normen ergänzendes kantonales Recht darstellen; denn erweist sich eine Ergänzung als notwendig, so kann der Erlass der betreffenden Normen nicht in das Belieben der Kantone gestellt werden. Von einer lückenhaften Regelung der Vollmacht im OR,

²⁵ Dazu gehört z. B. eine Bestimmung über den Umfang der Vollmacht.

²⁶ Gmür, a. a. O. Art. 6, N. 6 und 6a. Unter die speziellen Vorbehalte des Bundeszivilrechtes zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechtes gehöre auch OR 33.

²⁷ Vgl. Vetter, S. 15, Sträuli, S. 183, a. A. Mutzner, S. 52/53. Er benützt zur Unterscheidung von echten und unechten Vorbehalten das gleiche Kriterium wie Vetter (vgl. Anmerkung 145), kommt aber, ohne nähere Begründung, zu einem anderen Resultat.

²⁸ Zu dieser Terminologie vergleiche Vetter, S. 22, Anmerkung 48.

²⁹ Gmür, Vorbemerkung zu Art. 32 bis 40, N. 13 und Art. 396, N. 17.

die einer Ergänzung bedürfte, kann nun aber nicht die Rede sein. Mit Hilfe von Analogien liesse sich wohl auch eine befriedigende Regelung der Prozessvollmacht daraus ableiten³⁰. Von dieser Seite aus gesehen, lässt sich somit kein Zwang der Kantone zum Erlass von Vorschriften über die Prozessvollmacht konstruieren.

Versuchen wir, durch eine Auslegung von OR 33 herauszufinden, ob der Vorbehalt fakultativer oder obligatorischer Natur ist.

Der Wortlaut von Art. 33 I scheint mir weder eindeutig zu Gunsten des fakultativen noch des obligatorischen Vorbehaltes zu sprechen. Beides kann aus ihm abgeleitet werden, indem das «soweit» sowohl als Konjunktion zur Einleitung bedingender Sätze gebraucht wird, als auch heissen kann: In dem Umfange, in dem... Somit ist eine Entscheidung, ob der Vorbehalt fakultativ oder obligatorisch gemeint sei, aus dem Wortlaut nicht zu gewinnen. Der Text kann sowohl bedeuten, falls überhaupt Ermächtigungen aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entstehen, sei das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone anzuwenden, als auch, in dem Umfang, indem sie aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entstehen (im Gegensatz zu privatrechtlichen), sei es anwendbar. Auch die historische Interpretation gibt über diese Frage keinen Aufschluss.

Bleibt noch die Auslegung nach der teleologischen Methode. Kann es Zweck von OR 33 sein, die Kantone zu zwingen, die Stellvertretung im Prozess anzuerkennen? Das Argument, das sich zu Gunsten dieser Auffassung anführen liesse, wäre die Rechtsgleichheit aller Bürger. Sieht man nämlich in diesem Artikel einen fakultativen Vorbehalt, so wäre es möglich, dass gewisse Kantone eine Stellvertretung ausschliessen würden. Man kann nun aber nicht sagen, dass dadurch das Prinzip der Rechtsgleichheit verletzt würde. Der Begriff der Rechtsgleichheit ist relativ und verlangt eine verhältnis-

³⁰ Bei OR 33 handelt es sich darum, den Kantonen die Regelung eines Spezialfalles der Vollmacht zu überlassen. Der Bund verzichtet auf seinen primären Anspruch zur Regelung der Vollmacht zur Prozessführung. Dies bedeutet nichts anderes, als dass dadurch die Stufenordnung der Rechtsnormen umgekehrt wird. Deshalb darf ein solcher Vorbehalt nie vermutet werden, sondern muss ausdrücklich durch das Gesetz vorgesehen sein. Die kantonale Regelung der Vollmacht im Prozessgesetz steht zu OR 32 ff. im Verhältnis einer *lex specialis* zur *lex generalis*. (Sträuli, S. 162, 183.) Das Bundesrecht bleibt deshalb unter dem Vorbehalt einer kantonalen Regelung bestehen, hat also subsidiäre Geltung.

mässige und nicht eine absolute Gleichbehandlung³¹. So verstanden ist die Rechtsgleichheit nicht in Frage gestellt, denn die Prozessparteien eines Prozesses werden im gleichen Kanton durchaus gleich behandelt vor allen Instanzen.

Gemäss diesen Ausführungen verdient die Auffassung, es handle sich bei Art. 33 I OR um einen fakultativen Vorbehalt, den Vorzug.

Anderer Ansicht ist Becker. Er scheint in OR 33 I einen obligatorischen Vorbehalt zu sehen, denn er sagt, Bundesrecht entscheide, ob ein Prozess durch einen Dritten angehoben werden könne, d. h. ob Stellvertretung zugelassen sei oder nicht³². Somit ist Becker der Ansicht, OR 33 I setze die Zulässigkeit der Stellvertretung voraus³³. Nicht wohl vereinbar mit dieser Auslegung sind grossen Teils die kantonalen Prozessrechte, die für gewisse Prozesse oder mindestens für gewisse Instanzen eine Vertretung ausschliessen³⁴. Die Kantone müssen darin also einen fakultativen Vorbehalt gesehen haben. Wären wir zum Schluss gekommen, die Auffassung der Kantone sei falsch, so wären die diesbezüglichen kantonalen Normen bundesrechtswidrig und damit ungültig.

Der Umfang des Vorbehaltes wird bestimmt durch Art. 33 I OR³⁵. Nach dem Wortlaut ist für die Ermächtigung, die aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts hervorgeht, das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone massgebend. Damit hat der Gesetzgeber anerkannt,

31 Vgl. Egger, Komm. zu ZGB, Art. 11, N. 9, BGE 6/173. Burckhardt, Kommentar zur BV, 3. A., Art. 4, S. 29.

Gerechtfertigt ist eine ungleiche Behandlung dann, wenn eine Ungleichheit in «erheblichen tatsächlichen Verhältnissen» vorliegt (BGE 6/174). Freilich ist nicht näher ausgeführt, was unter «erheblich» zu verstehen ist. Immerhin dürfte doch wohl in diesem Fall die Tatsache, dass es sich um verschiedene Kantone handelt, die verschiedenen Gesetzgebern unterstehen, als ein erheblicher Unterschied betrachtet werden. Würde man dies nicht anerkennen, so könnte den Kantonen überhaupt keine Gesetzgebungskompetenz eingeräumt werden. Man wird deshalb kaum behaupten wollen, die Möglichkeit, eine kantonsweise verschiedene Behandlung der Bürger bezüglich der Zulassung der Stellvertretung vor Gericht bedeute eine Rechtsgleichheit (vgl. auch Burckhardt, 3. A., Komm. zu BV, Art. 4, S. 31).

32 Becker, Komm. OR. Vorbemerkung 13 zu Art. 32 bis 40.

33 Vgl. A. Fick, Komm. zu OR 33 A. 3. VJS 18/25, Abt. Pers. R. a. A. Egger, ZGB I. A., Art. 12, N. 4: «Nicht berührt wird durch das ZGB die Frage der Zulässigkeit der prozessualen Stellvertretung».

34 Zürich, § 35, 36. Thurgau, § 47, St. Gallen, Art. 117, Waadt, Art. 371, II. Basel, § 26. Graubünden, Art. 41. Glarus, § 69. Uri, § 108. Schwyz, § 66, Aargau, Gesetz über Aufstellung und Verfahren der Friedensrichter, § 27, 28. Bern, Art. 296.

35 Sträuli, S. 163, Ziff. 3.

dass hier ein privatrechtliches Institut im öffentlichen Recht Verwendung finden soll, die auf seinem Gebiet bestehenden Verhältnisse aber so verschieden sind von denen des Privatrechts, dass eine spezielle Regelung nötig erscheint. Das Marginale dieses Artikels lautet nun freilich «Umfang der Ermächtigung». In diesem Zusammenhang kann es aber nicht bedeuten, dem öffentlichen Recht sei nur die Regelung des Umfangs der Prozessvollmacht vorbehalten. Wieso sollten nur gerade bezüglich des Umfangs die speziellen Verhältnisse des öffentlichen Rechts berücksichtigt werden, die zweifellos sich auch im Hinblick auf andere Fragen auswirken?

Eine sinnvolle Auslegung führt vielmehr zum Resultat, dass die für die privatrechtliche Stellvertretung aufgestellten Vorschriften keine Geltung haben, wenn es sich um Verhältnisse des öffentlichen Rechts handelt und ganz besonders nicht bezüglich des Umfangs, da ja allgemein unter den erwähnten Umständen die öffentlich-rechtliche Regelung Platz greift. Das vollständige, zu diesem Artikel gehörende Marginale heisst denn ja auch: «Stellvertretung mit Ermächtigung», «im allgemeinen», «Umfang». Der Gesetzgeber stellt also am Anfang der Regelung der Stellvertretung mit Ermächtigung einige allgemeine Grundsätze auf und erwähnt, systematisch nicht sehr geschickt, die Sonderstellung der Ermächtigung aus öffentlichem Recht im gleichen Artikel, in dem er die Grundsätze zur Beurteilung des Umfangs der Vollmacht aufstellt. Man könnte sich fragen, ob de lege ferenda aus diesem Artikel 33 I nicht besser ein selbständiger Artikel gemacht würde, der vor Artikel 32 zu stehen käme; denn dass dieser Abschnitt des Artikels 33 innerlich nicht mit den beiden übrigen Absätzen zusammenhängt, ergibt sich schon aus dem Wortlaut eindeutig.

Die Kantone haben die Auslegung, wie schon erwähnt, denn auch tatsächlich in diesem Sinne vorgenommen und es besteht kein Grund, ihr entgegenzutreten ³⁶.

Abschliessend ist zu sagen, dass das Marginale in Verbindung mit dem Text heisst, Stellvertretung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone sei von Bundesrechts wegen zulässig. Die Kantone seien befugt, diesbezügliche Normen aufzustellen. Ganz besonders sei dies nötig zur Bestimmung des Umfangs der Vollmacht.

³⁶ Es ist auch ganz unwahrscheinlich, dass eine Kompetenzüberschreitung von so vielen Kantonen hätte vorgenommen werden können im Hinblick auf die Aufsicht des Bundes über die kantonale Gesetzgebung. Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 127 ff.

Ueber die primäre Geltung des Prozessgesetzes und die subsidiäre Anwendung des OR ist folgendes beizufügen:

Die Normen über die Vollmacht in der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich gelten, gestützt auf OR 33 I, auch nach Erlass des neuen OR. Die durch sie getroffene Regelung ist freilich sehr unvollständig. Sie beschränkt sich auf die Aufstellung solcher Normen, die im Verhältnis zu den Regelungen im OR eine, wenn auch geringfügige, Aenderung darstellen. Von einer erschöpfenden Regelung kann somit keine Rede sein. Dies mag einerseits dadurch gerechtfertigt sein, dass viele Fragen zu keinen Streitigkeiten Anlass geben ³⁷, andererseits dadurch, dass bundesrechtliche Normen subsidiär zur Anwendung kommen, soweit sie auf prozessrechtliche Verhältnisse passen; denn der Bund hat durch diesen Vorbehalt nicht auf seine Zuständigkeit verzichtet ³⁸. Der Kanton hat diesbezüglich zwar den Vorrang. Macht er aber davon keinen Gebrauch, so wird das latente Recht des Bundes wieder aktiviert. Soweit also auf dem Gebiete der Vollmacht Lücken in der kantonalen Gesetzgebung bestehen, kann das Bundesrecht unter der Voraussetzung beigezogen werden, dass es auch den prozessrechtlichen Verhältnissen angepasst erscheint ³⁹. Kann aber eine Lücke des kantonalen Prozessgesetzes nicht durch eine Regelung des OR ausgefüllt werden, da die Regelung des OR den Bedürfnissen des Prozessrechts nicht entspricht, so ist dies eine Lücke des Prozessgesetzes und nicht des OR und die Lückenfüllung hat in diesem Sinne zu erfolgen.

§ 5. Die Vollmachterteilung zum Prozess als Prozesshandlung

Es herrscht speziell in der deutschen Literatur Uneinigkeit, ob die Vollmachterteilung eine materiell-rechtliche oder eine Prozesshandlung darstelle. Vor allem sind es ältere deutsche Autoren, die in der Vollmachterteilung keine Prozesshandlung zu sehen vermögen ⁴⁰. Das geistige Zentrum dieser Auffassung ist Rosenberg. Noch in seinem neu erschienenen Lehrbuch vertritt er diese Auf-

37 Vgl. Protokoll der Gesetzesrevisions-Kommission zur Prüfung und Begutachtung des von der Direktion der Justiz ausgearbeiteten Gesetzes-Entwurfes, S. 179.

38 Veiter, S. 25. Sträuli, S. 164.

39 Keller-Pfisterer, S. 74. Leuch, S. 105. Hellwig, ZPP 39/369 a. E.

40 Wilmsowski, S. 240. Planck, I, S. 391. Schmidt, S. 330, RG 17/400.

fassung⁴¹ entgegen der weitverbreiteten andern Theorie, wonach die Vollmachterteilung als eine Prozesshandlung betrachtet wird⁴². Diese Frage hängt eng zusammen mit der Auffassung der Prozesshandlung überhaupt. Sie kann solange keine einheitliche Beantwortung finden, als die Ansichten über die Definition der Prozesshandlung nicht übereinstimmen. Nach der herrschenden Lehre wird die Handlung als Prozesshandlung aufgefasst, welche selbst oder auch nur ihren Wirkungen nach durch das Prozessrecht geregelt ist⁴³. Unter diesen zweiten Fall ist die Erteilung der Prozessvollmacht einzureihen, da deren Wirkung, nämlich die erteilte Vollmacht, von der Prozessordnung geregelt ist.

§ 6. Voraussetzungen der Vollmachterteilung

Wie erwähnt, gehört die Vollmachterteilung ins Prozessrecht und untersteht dessen Regelungen. Sie ist Prozesshandlung. Wer ist nun aber zur Vornahme von Prozesshandlungen legitimiert?, d. h. welche Voraussetzungen persönlicher Art muss jemand erfüllen, um Prozesshandlungen vornehmen zu können?

Das materielle Recht verlangt grundsätzlich zum rechtswirksamen selbständigen Handeln, also zur Begründung von Rechten und Pflichten, die Handlungsfähigkeit⁴⁴. Das Prozessgesetz spricht sich über seine Anforderungen nicht so deutlich aus.

Nach herrschender Anschauung ist die Prozessfähigkeit durch § 29 ZPO umschrieben⁴⁵. Laut diesem Paragraphen berechtigt sie zur Prozessführung in eigener Sache, selbst oder durch einen selbst gewählten Vertreter⁴⁶. Inwiefern sich die Prozessfähigkeit mit

41 Rosenberg, Lehrbuch, S. 199.

42 Hellwig, Lehrbuch II, S. 409 und dortige Zitate in Anm. 14, RG 56/337, Komm. Gaupp-Stein-Jonas Vorbem. zu § 128, IV und § 80 II, I, ZJP 77/329. Guldener, I., S. 172, Stein-Jonas-Schönke, Komm. ZPO § 80 II. Hellwig in Festgabe für A. Gierke, S. 55.

43 Guldener, I., S. 172.

Rosenberg, Stellvertretung, S. 57.

44 ZGB Art. 12, 19.

45 Guldener, S. 95, Sträuli-Hauser, § 29, b. Reich, S. 55, Egger, Komm. zum Fam.-Recht, Art. 168, N. 1, BGE 31, 1, 561, SJZ 5/85, Hellwig, Lehrbuch II, 315.

46 A. A. Gmür, Komm. zu ZGB 168, N. 3. Gmür vertritt die Auffassung von Wach «Handbuch», S. 533, und Rosenberg, Lehrb., S. 163, dass die Prozessfähigkeit auch die Fähigkeit zur Vornahme von Prozess-Handlungen für andere umfasse.

der Handlungsfähigkeit deckt, hängt nicht vom Prozessgesetz ab, obwohl sie ein Begriff des Prozessrechtes ist. Jedenfalls wird der minimale Umfang der Prozessfähigkeit durch Bundesrecht bestimmt: Sie muss mindestens so weit gehen wie die Handlungsfähigkeit⁴⁷. Andernfalls würde durch den engeren kantonalen Begriff ein Teil der Ausübung der bundesrechtlich garantierten Handlungsfähigkeit illusorisch gemacht⁴⁸. Ob sie aber nur so weit gehen darf wie diese, ist eine andere Frage⁴⁹. Als einem Begriff des Prozessrechtes⁵⁰ steht die Bestimmung seines Inhaltes zwar dem Prozessgesetz zu, jedoch nur soweit, als dadurch kein Widerspruch zum Bundesrecht entsteht. Geht kraft einer prozessrechtlichen Norm die Prozessfähigkeit weiter als die Handlungsfähigkeit, so ist die kantonale Prozessrechtsnorm unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. In den weitaus meisten Fällen würde man wohl zum Ergebnis kommen, eine solche Norm sei bundesrechtswidrig, indem sie einem Schutzgedanken, der durch die Beschränkung der Handlungsfähigkeit im materiellen Recht zum Ausdruck kommt, widerspricht. Allgemeingültig behaupten zu wollen, die Prozessfähigkeit höre auch mit der Handlungsfähigkeit auf, geht meines Erachtens aber zu weit⁵¹. Aus dem erwähnten Grund wird praktisch die Prozessfähigkeit nicht über die Handlungsfähigkeit hinaus gehen⁵², und in diesem Sinne ist dem Bundesgericht beizupflichten, wenn es sagt, die Prozessfähigkeit sei «ein Teil» der Handlungsfähigkeit, rage also nicht über sie hinaus. Damit wird die Prozessfähigkeit, wie übrigens auch die Parteifähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit zu einem Be-

47 A. A. Schurter-Fritzsche, Bd. I, S. 488.

48 BGE 12, II, 555, Guldener, S. 58, 96. Vgl. für die Begründung der Anlehnung des Begriffes «Prozessfähigkeit» an die bürgerlich rechtliche Handlungsfähigkeit: Karl Engisch in der Festgabe für Rosenberg, 1949, S. 108.

49 Vgl. ZPO § 33, Ziff. 4.

50 Egger, I. Auflage, Komm. zu ZGB Art. 12, N. 4 (1910).

51 Nicht argumentieren sollte man hier mit «unlösbaren» Schwierigkeiten, die durch solche sich nicht deckenden Begriffe geschaffen wurden. «Denn unlösbare» Schwierigkeiten entstanden kaum, indem der Begriff der Prozessfähigkeit aus den schon erwähnten Gründen höchstens weiter, nie aber enger sein kann als der der Handlungsfähigkeit. Somit könnte sich nur die Situation ergeben, dass zwar ein gesetzlicher Vertreter bestellt wäre, dieser aber in einem gewissen Prozess nichts zu sagen hätte, so dass seine Vertretungsmacht für diesen Fall suspendiert wurde. Bei aller Anerkennung der sich in der Praxis evtl. in einzelnen Fällen sich ergebenden unbefriedigenden Situationen liegen dann doch keine eigentlich unlösbare Schwierigkeiten. BGE 42, II, 555, Reich, S. 36.

52 Guldener, S. 97, betrachtet aus diesem Grund § 33, Ziff. 4, als bundesrechtswidrig.

griff des Bundesrechts, welcher der bundesgerichtlichen Beurteilung untersteht. Der Bund kann so die Kantone zwingen, alle nach Bundesrecht Handlungsfähigen oder beschränkt Handlungsfähigen als im gleichen Umfang prozessfähig anzuerkennen⁵³. Zusammenfassend stellen wir fest, dass jede handlungsfähige Person prozessfähig ist⁵⁴. Die Prozessfähigkeit geht mindestens so weit wie die Handlungsfähigkeit und wird im allgemeinen nicht darüber hinausgehen. Das Vorliegen der Prozessfähigkeit kann durch das Bundesgericht geprüft werden.

§ 7. Der Vollmachtgeber

I. Die natürliche Person als Erteiler der Vollmacht in eigener Sache

Vollmacht zur Führung eines Prozesses kann unter zwei Voraussetzungen erteilt werden:

1. Der Vollmachterteiler muss prozessfähig sein, da die Vollmachterteilung eine Prozesshandlung ist.

2. Er muss über das Recht, welches er durch einen Bevollmächtigten ausüben lassen will, Verfügungsberechtigt sein⁵⁵.

Wir können uns hier mit der blossen Feststellung des 2. Punktes begnügen, indem die Abklärung der Frage der Dispositionsfähigkeit in den einzelnen Fällen ins materielle Recht gehört.

Da sich der Umfang der Prozessfähigkeit nach dem Umfang der Handlungsfähigkeit richtet, kann man die im materiellen Rechte übliche Einteilung der Grade der Handlungsfähigkeit auch auf die Prozessfähigkeit übertragen. Wir unterscheiden⁵⁶:

53 Reich, S. 37, BGE 48, II, 29.

54 BZPO Art. 14.

55 Eine Beschränkung der Dispositionsfähigkeit finden wir z. B. bei der Ehefrau in bezug auf ihr eingebrachtes Gut. v. Tuhr, OR I, S. 205. Die Ausübung ihrer Eigentumsrechte ist zu Gunsten des Ehemannes eingeschränkt, da diesem die Verwaltung und Nutzniessung zusteht. Damit verliert die Ehefrau die Sachlegitimation und hat kein Prozessführungsrecht mehr. (Reich, S. 62.) Sie kann somit diesbezüglich auch keine Vollmacht erteilen.

56 Ueber diese Terminologie im materiellen Recht vgl. Trüb S. 20 A 3, Schudel S. 36 und die dort angegebenen Zitate.

Voll prozessfähig sind die mündigen, urteilsfähigen Personen. Noch im Entmündigungsprozess gelten sie als prozessfähig⁵⁷. Entmündigt sind sie erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils.

Beschränkt prozessunfähig sind urteilsfähige, unmündige oder entmündigte Personen, denen das Gesetz in gewisser Beziehung Handlungsfähigkeit einräumt.

Beschränkt prozessfähig sind die urteilsfähigen, mündigen Personen, deren Handlungsfähigkeit durch das Gesetz in gewissen Beziehungen eingeschränkt oder aufgehoben ist.

Voll prozessunfähig ist jede urteilsunfähige Person.

1. Vollprozessfähige können unbeschränkt Vollmacht erteilen. Es gibt keine Einschränkung bezüglich irgendwelcher Persönlichkeitsrechte. So kann der Berechtigte z. B. Klage erheben lassen zwecks Genugtuung aus Verlöbnißbruch (ZGB 93); denn nicht die eigene Prozessführung ist wichtig, sondern der selbstgefasste, rechtserhebliche Willensentschluss des Vertretenen. Hingegen kann ein Vertreter meines Erachtens nicht mit der Führung eines Scheidungsprozesses aus ZGB 137 beauftragt werden, wobei ihm durch seinen Klienten freigestellt wird, eventuell gegenüber dem beklagten Ehegatten die Verzeihung auszusprechen. Diese Entscheidung kann nur durch den Verletzten selbst gefällt werden.

2. Beschränkt Prozessunfähige.

Das materielle Recht räumt dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten in gewissen Fällen Handlungsfähigkeit ein⁵⁸. Laut Bundesrecht gilt der Satz, dass die Prozessfähigkeit mindestens so weit gehe wie die Handlungsfähigkeit. Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Satz so auszulegen ist, dass sich der Umfang der Prozessfähigkeit nach Massgabe der Artikel bestimmt, die dem Handlungsfähigen Handlungsfähigkeit einräumen, oder ob die Prozessfähigkeit überall dort besteht, wo dem Prozess ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, für welches der Betreffende handlungsfähig war. Diese Art der Auslegung wollen wir im folgenden die umfassendere nennen im Gegensatz zur ersterwähnten, die wir als die engere bezeichnen wollen. Dass es praktisch von Bedeutung ist, nach welcher Methode man auslegt, lässt sich deutlich an Hand des Beispiels des Erwerbs unent-

57 Guldener, I. S. 95, A. 14.

58 z. B. ZGB 19, 410, 412, 414.

geltlicher Vorteile zeigen. Nach der umfassenderen Auslegung ist auch der handlungsunfähige Begünstigte zur Einklagung eines solchen Rechtsgeschäftes berechtigt, weil er es nach ZGB 19 II selbst schliessen kann⁵⁹. Nicht dazu ermächtigt ist er hingegen nach der engeren Auslegung; denn ein Prozess ist auch in diesem Fall nie ein sicherer Vorteil, indem er den «Verlust eines an sich begründeten Anspruchs» nach sich ziehen kann, oder der Handlungsunfähige unter Umständen Kosten zu tragen haben wird⁶⁰. Hier läge die Prozessführung nicht mehr im Rahmen der ausnahmsweise eingeräumten Handlungsfähigkeit.

Bekannt man sich zu der umfassenderen Auslegung des Satzes, die Prozessfähigkeit gehe soweit wie die Handlungsfähigkeit, so wird der so entstehende Umfang der Prozessfähigkeit sich oft in Widerspruch zu Art. 19, 412 usw. stellen, indem er über die dort der Handlungsfähigkeit gezogenen Grenzen hinausgeht. Legt man dagegen im engeren Sinn aus, d. h. betrachtet man den Wortlaut der Artikel, die die Grenzen der Handlungsfähigkeit der grundsätzlich Handlungsunfähigen bezeichnen, auch als massgebend für die Prozessfähigkeit, so geht eben t a t s ä c h l i c h die Prozessfähigkeit nicht so weit wie die Handlungsfähigkeit. Sie umfasst dann nur einen Teil der Geschäfte, für welche die Handlungsfähigkeit besteht. Dies hat zur Folge, dass ein Unmündiger wohl ein Geschäft abschliessen, es aber nicht im Prozess vertreten darf.

Man mag nun die Auslegung vornehmen wie man will, so verstösst man unweigerlich gegen eine ausdrückliche oder gegen eine sich aus dem Bundesrecht ergebende Norm, im letzteren Falle gegen den Satz, die Prozessfähigkeit gehe so weit wie die Handlungsfähigkeit. Die hier in Frage stehende ausdrückliche Norm ist der jeweilige Artikel, der die Grenzen der ausnahmsweise erteilten Handlungsfähigkeit bezeichnet. Bei der Lösung dieses Widerspruches kann es sich somit nur darum handeln, von zwei Uebeln das kleinere zu wählen, indem man festzustellen sucht, welche Auslegung dem Sinn dieser Regelungen besser entspricht und weniger schutzwürdige Interessen verletzt. Unter diesen Gesichtspunkten ist einer der beiden Normen den Vorzug zu geben. Es steht aber fest, dass der Widerspruch immer im gleichen Sinn gelöst werden muss. Kommt man also beispiels-

59 z. B. Schriftliches Schenkversprechen.

60 Guldener, I., S. 96.

weise zum Schluss, der Umfang der Prozessfähigkeit richte sich nach dem Wortlaut der Artikel, die den Umfang der ausnahmsweise zugestandenen Handlungsfähigkeit bestimmen, so ist diese Art der Auslegung immer anzuwenden. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Prinzip der einheitlichen Anwendung des ZGB ⁶¹.

Versuchen wir vorerst einmal bezüglich der Lösung des Widerspruches die Auffassung des kantonalen Prozessgesetzes festzustellen. Freilich ist dessen Auffassung nicht massgebend. Die Entscheidung steht dem Bundesrecht zu. Es ist daraus lediglich ersichtlich, wie nach Ansicht des kantonalen Prozessgesetzgebers das Bundesrecht den Umfang der Prozessfähigkeit bestimmen wollte.

In § 33 der ZPO ist die Rede von Ausnahmefällen, wo nämlich wegen Unmündigkeit Handlungsunfähige zur Prozessführung zugelassen sind ⁶². Aus Ziff. 1 und 2 kann überhaupt kein Schluss gezogen werden, da es sich in beiden Fällen um Persönlichkeitsrechte handelt. Bei Persönlichkeitsrechten nach ZGB 19 II 2. Halbsatz ist aber der Entscheid unwichtig, ob nach der einen oder andern Methode ausgelegt werden soll, da man auf beiden Wegen zum gleichen Ziel kommt. Das Recht zur Prozessführung in bezug auf ein solches Persönlichkeitsrecht passt durchaus in den Wortlaut von Art. 19 II. Die Geltendmachung dieses Rechts vor Gericht stellt sich einfach als eine speziell intensive Art der Ausübung dieses Rechts dar ⁶³. Kaufmann ⁶⁴ ist anderer Ansicht. Er verlangt Mitwirkung des Vormundes, sobald ein vermögensrechtlicher Aspekt in Erscheinung tritt. Seiner Auffassung lässt sich folgendes entgegenhalten: Art. 19 II 2. Halbsatz gestattet die Ausübung der Persönlichkeitsrechte durch den handlungsfähigen Inhaber selbst wegen deren enger Verknüpfung mit der Person des Berechtigten und nicht, weil ihnen der vermögensrechtliche Charakter völlig fehlt. Freilich darf dieser nicht im Vordergrund stehen. Solange er aber im Verhältnis zum persönlichen Gehalt des in Frage stehenden Rechts im Hintergrund bleibt, ist er nicht von Bedeutung. Andernfalls würde Art. 19 II 2. Halbsatz nahezu bedeutungslos, da der Ausübung eines Rechts

61 v. Tuhr, OR I, S. 172.

62 Unter Prozessführung ist sowohl Aktiv- als Passivlegitimation zu verstehen. Kaufmann, Komm. zu ZGB 395, N. 55, Lüscher, S. 63.

63 Rosenberg, Stellvertretung, S. 18.

64 Kaufmann, a. a. O. Art. 421, N. 24.

in den allermeisten Fällen auch ein finanzieller Aspekt nicht völlig fehlt. Damit ist aber die Ansicht Kaufmanns abgelehnt, wonach er die Zustimmung des Vormundes zur Anwaltsbestellung im Prozess um ein Persönlichkeitsrecht verlangt, da dadurch eventuell eine Kostenvorschusspflicht entstehe. Unter Art. 374 N. 29 sagt er dann freilich, eine solche Zustimmung dürfe nicht verweigert werden. Aber wozu dann erst fragen? Somit können Prozesse mit Bezug auf Persönlichkeitsrechte vom Handlungsunfähigen selbständig geführt werden und es gibt keine Persönlichkeitsrechte, die man wohl materiellrechtlich geltend machen, nicht aber im Prozess verfolgen kann⁶⁵. Dass es sich aber so verhält, darauf hat das kantonale Recht nicht den geringsten Einfluss, sondern dies ist ganz allein durch Bundesrecht bestimmt.

Aufschlussreicher ist Ziffer 3 des § 33. Hier kommt die Auffassung des kantonalen Gesetzgebers deutlich zum Ausdruck. Nach dem Wortlaut von Ziffer 3 haben beschränkt Handlungsunfähige (im Sinne von ZGB 412) das Recht zur selbständigen Prozessführung «... mit Bezug auf Geschäfte, die zum regelmässigen Betrieb des Berufes oder Gewerbes gehören». Mit dieser Fassung lässt der kantonale Gesetzgeber über seine Ansicht keinen Zweifel offen. Es handelt sich für ihn nicht darum, ob die Prozessführung zum «regelmässigen Betrieb» gehöre, sondern er betrachtet die Prozessfähigkeit als überall dort vorhanden, wo Handlungsfähigkeit für das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft besteht⁶⁶.

Diese Ansicht der umfassenderen Prozessfähigkeit hat sich hauptsächlich seit dem Bundesgerichtsentscheid 42 II 555 durchgesetzt, indem dort zum erstenmal festgestellt wurde, jeder von Bundesrechts wegen Handlungsfähige müsse im gleichen Umfang von den Kantonen als prozessfähig anerkannt werden, weil sonst ein Teil der bundesrechtlich garantierten Handlungsfähigkeit illusorisch würde⁶⁷. Früher war die Handlungsfähigkeit nur als Präjudizial-

65 Was nun nach dem Sinn von 19 II vom materiellrechtlichen Standpunkte aus unter «Ausübung» der Pers.R zu verstehen ist, das abzuklären gehört ins materielle R. Vergleiche Egger, Komm. zu ZGB Art. 407, N. 9.

66 Gl. A. Egger, 2. A. Komm. zu ZGB Art. 412, N. 18; SJZ 24/140, ZBJV 54/397. «La loi crée ... par voie de conséquence, la capacité d'ester en justice dans les litiges qui découlent de ces actes».

67 Vgl. Hafter, Komm. zu ZGB Art. 55, N. 8 (1919).

frage zur Prozessfähigkeit betrachtet worden⁶⁸. Je enger die Verbindung und Abhängigkeit zwischen Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit aber erschien, um so mehr musste man zur Auffassung gelangen, das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft sei der Massstab für den Umfang der Prozessfähigkeit; denn nur so wird die Forderung restlos erfüllt, die Prozessfähigkeit müsse soweit gehen wie die Handlungsfähigkeit. Das Bundesgericht hat sich damit für die weitere Auslegung entschieden.

Die herrschende Auffassung geht zweifellos dahin, die Prozessfähigkeit so weit gehen zu lassen, als Handlungsfähigkeit mit Bezug auf einzelne Geschäfte besteht.

Widerspricht dies aber nicht dem Schutzgedanken, der das ganze Vormundschaftsrecht beherrscht? Was diesen betrifft, ist zu beachten, dass das ZGB auch den Grundsatz vertritt, die Handlungsfähigkeit sei nicht mehr einzuschränken als unbedingt nötig⁶⁹. Daraus erklärt sich die feine Abstufung des Gesetzes in der Beschränkung ihres Umfanges. Diese beiden Gedanken ziehen sich gegenseitig Grenzen. Die Frage, die sich nun stellt, ist folgende: Ist es mit dem Schutzbedürfnis des Bevormundeten vereinbar, dass er auch dann Prozesse führen kann, wenn damit die vom ZGB bezeichnete Sicherheitslinie, die in Art. 19 usw. durch die Festsetzung des Rahmens der Handlungsfähigkeit gezogen ist, überschritten wird? Da dürfen wir wohl ohne allzu grosses Zögern zustimmen. Wenn es nämlich zum Prozess kommt, ist die materiellrechtliche Situation bereits festgelegt und unsere Bedenken können nur dahin gehen, ob der Handlungsunfähige gewandt genug sei, einen Prozess erfolgreich durchzuführen. Dieses Argument wiegt aber im Hinblick auf ZPO § 34 II nicht so schwer. Das Gericht hat dadurch jederzeit die Möglichkeit, Miss-

68 BGE 39 II 431. Als Beispiel der Entwicklung in der Auffassung über den Zusammenhang zwischen Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit möchte ich Egger anführen. In der ersten Auflage seines Personenrechtskommentares vom Jahr 1910 wird bei der Behandlung des Art. 19 die Prozessfähigkeit überhaupt nicht erwähnt. Hingegen heisst es bei Art. 12, N. 4: «Sie (die Prozessfähigkeit) ist ein Begriff des Prozessrechtes und gehört somit dem öffentlichen Recht an. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass das Prozessrecht grundsätzlich auf die materielle Handlungsfähigkeit abstellt. Somit bildet die Regelung der letzteren auch die Grundlage für die Prozessfähigkeit.» Vergleichen wir dazu den Text der 2. Auflage aus dem Jahr 1930: «Wie Parteifähigkeit sich aus dem Rechts-, so ergibt sich auch die Prozessfähigkeit zwingend aus der Handlungsfähigkeit.» Ebenso stellt er in dieser Auflage unter Art. 19 fest, dass dieser Artikel auch für das Zivilprozessrecht gültig sei.

69 Egger, Komm. zu ZGB Art. 407, N. 9.

ständen zu begegnen. In vielen Fällen wird sich das Recht zur eigenen Prozessführung ohne dies nur so auswirken, dass Bevormundete selbst einen Anwalt beauftragen können.

Abgesehen von den im ZGB erwähnten Ausnahmen kann sich der beschränkt Handlungsunfähige nicht selbständig verpflichten. Er ist aber auch ausserhalb dieses Kreises nicht völlig unfähig, sich rechtswirksam zu betätigen. So stellt ZGB 19 I den Grundsatz auf, dass sich Handlungsunfähige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verpflichten können und ihre Handlungen auch noch nachträglich genehmigt werden können. Wird nun durch diese Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Handlungsfähigkeit des Mündels erweitert? Doch wohl kaum⁷⁰. Denn erhielte ein Bevormundeter für ein bestimmtes Geschäft durch die Zustimmung des Vormundes die Handlungsfähigkeit, so könnte er mit Bezug auf dieses Geschäft auch einen Prozess führen. Dies ist aber doch wohl zu weit gegangen. Diese Zustimmung bzw. Genehmigung ist lediglich eine Anerkennung der Tatsache, dass der Urteilsfähige in einem bestimmten Einzelfall wie ein Handlungsfähiger gehandelt hat, oder dass man, vielleicht infolge einer Aussprache, weiss, dass er in einer bestimmten Lage wie ein Handlungsfähiger handeln wird, ohne dass man deswegen dem Mündel geradezu Handlungsfähigkeit zuerkennen wollte.

Es fragt sich nun, ob diese Genehmigung bzw. Zustimmung auch in bezug auf Prozesshandlungen Handlungsunfähiger erteilt werden kann. Es wäre denkbar, dass die Prozessordnung aus Gründen des Verfahrens Genehmigung und Zustimmung ausschliesst⁷¹. Das Genehmigungsrecht des Vormundes ist nun aber in der ZPO § 32 ausdrücklich anerkannt. Zwar lässt sie den Handlungsunfähigen nur bei Gefahr im Verzug zu eigenem Handeln zu. Dies tut jedoch der grundsätzlichen Anerkennung des Genehmigungsrechtes keinen Abbruch, denn damit sagt sie nichts gegen die Genehmigungsfähigkeit von Prozesshandlungen eines Handlungsunfähigen aus, sondern schränkt einfach die Zahl der möglichen Genehmigungsfälle ein. Dies tut sie wohl aus der anerkennenswerten Ueberlegung, dass sonst die Prozessführung viel zu schwerfällig und in Anbetracht der zu setzenden Genehmigungsfristen auch viel zu langwierig würde.

⁷⁰ Egger, Art. 410, N. 16.

⁷¹ Rosenberg lehnt die Genehmigung von Prozesshandlungen ab, Stellvertretung, S. 675.

Die **Zustimmung** des gesetzlichen Vertreters zu Prozesshandlungen des Mündels kommt in ZPO § 314, Ziff. 4, zur Sprache. Auch sie ist also durch das Prozessgesetz anerkannt. In bezug auf die Zustimmung gelten im Interesse des Mündels die gleichen Ueberlegungen wie für die Zustimmung zu materiellrechtlichen Handlungen⁷². So kann der Vormund im materiellen Recht nur Zustimmung erteilen zu Handlungen, deren Konsequenzen er absehen kann; ob auch generelle Ermächtigungen zulässig sind, ist strittig. D. h. auf das Prozessrecht übertragen, er kann dem Mündel eventuell Zustimmung erteilen zur Führung eines ganzen Prozesses⁷³, sicher aber zu einzelnen Prozesshandlungen, wie beispielsweise der Bevollmächtigung eines Anwaltes⁷⁴.

3. Der beschränkt Prozessfähige.

Die in diese Gruppe einzureihenden Personen sind grundsätzlich handlungsfähig. Es kann ihnen aber doch nicht in jeder Beziehung die eigene Verantwortlichkeit gelassen werden, da sie beispielsweise einen krankhaften Hang zum Prozessieren zeigen oder in bezug auf Geldangelegenheiten sich von andern Leuten zu leicht beeinflussen oder gar ausbeuten lassen. Um diese Personen zum Teil vor ihren eigenen, sie selbst schädigenden Handlungen zu schützen, wurde die Beistandschaft eingeführt. Diese umfasst die Beistandschaft i. e. S. und die Beiratschaft. Durch letztere wird die Handlungsfähigkeit des Schützlings eingeschränkt, nicht aber durch die Beistandschaft i. e. S.⁷⁵. Ein Beistand kann sowohl ernannt werden für natürliche⁷⁶ als auch für juristische Personen, indem deren Bestellung nicht an Eigenschaften anknüpft, die nur der natürlichen Person eigen sind⁷⁷.

72 Egger, a. a. O. Art. 410, N. 13, 14. Kaufmann, 2. Auflage, Komm. zu ZGB Art. 410, N. 15. Hohl, S. 33, 91.

73 Befürwortet durch Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 31, N. 2, Abs. 2.

74 Vgl. Guldener S. 96d. So wie einzelne Prozesshandlungen genehmigt werden können, muss auch zu einzelnen Prozesshandlungen Zustimmung erteilt werden können. Anderer Ansicht ist Seifert, S. 3. Er geht davon aus, dass es keine prozessual beschränkte Prozessfähigkeit geben könne, weil ein Prozess eine Einheit von Handlungen darstelle. Es könne deshalb nur Zustimmung zur ganzen Prozessführung erteilt werden.

75 ZGB 417, v. Tuhr, OR I, S. 203, A. 57.

76 Ein Beistand kann für mündige oder unmündige Personen bestellt werden.

77 ZGB 53. Begrifflich unmöglich ist die Bestellung eines Beistandes i. e. S. für eine handlungsfähige juristische Person. Geschäftsbericht des Regierungsrates 1935, S. 301; Egger, a. a. O. Art. 393, N. 22 ff.; Kaufmann, a. a. O. Art. 393, N. 28.

Wird also durch die Bestellung einer Beistandschaft die Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt, so heisst das, dass der mündige Verbeiständete prozessfähig bleibt⁷⁸. Es entsteht dadurch ganz allgemein in den Fällen von Art. 392, Ziffer 1, und 393, Ziff. 2, eine Kollisionsgefahr zwischen den Handlungen des Beistandes und des Verbeiständeten. Ein unbefriedigender Zustand. Sträuli-Hauser scheint uns einen zur Lösung dieser Schwierigkeiten brauchbaren Vorschlag zu machen. Er nimmt an, der Verbeiständete sei nicht mehr voll dispositionsfähig⁷⁹. Im allgemeinen wird freilich die Dispositionsfähigkeit nur im Interesse des Dritten beschränkt. Warum aber soll es ausnahmsweise nicht im eigenen Interesse geschehen, wenn sich keine Beschränkung als unzweckmässig erweist, eine Verminderung der Handlungsfähigkeit sich hingegen nicht rechtfertigt⁸⁰?

Grundsätzlich bleibt der Verbeiständete prozessfähig und damit zur Vollmachterteilung berechtigt. Ob und inwieweit der Beistand seinerseits Prozesse führen kann, ergibt sich aus den behördlichen Anweisungen, die er als Beistand erhält⁸¹. Im Rahmen des ihm zugestandenen Prozessführungsrechtes ist er dann auch zur Vollmachterteilung ermächtigt.

Anders liegen die Verhältnisse beim Verbeirateten nach ZGB Art. 395. Absatz 1 dieses Artikels regelt die Mitwirkungsbeiratschaft, Absatz 2 die Verwaltungsbeiratschaft. In beiden Fällen findet eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit statt, jedoch in verschiedenem Umfange.

Sprechen wir zuerst über den Fall der weniger einschneidenden Beschränkung, nämlich der Mitwirkungsbereitschaft. Hier bleibt die Handlungsfähigkeit des Verbeirateten zwar in gewissem Masse anerkannt. Sie hat aber sozusagen keine genügende Intensität mehr, um aus eigener Kraft tätig zu werden. Sie muss deshalb verstärkt werden durch die Handlungsfähigkeit des Beirates. Dies bedingt eine Zusammenarbeit zwischen Beirat und Verbeiratem. Sie müssen gemeinsam die Vollmacht an den Prozessvertreter erteilen.

78 Egger, 2. A., Komm. zu ZGB 392, N. 3a; Reich, S. 67, 68.

79 Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 31, N. 2, S. 77; Reich, S. 68.

80 Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 165 b) löst die Schwierigkeit so, dass er annimmt, die Prozessfähigkeit erlösche für ein bestimmtes Verfahren.

81 Trüeb, S. 82.

Die nach Art. 395, Abs. 2, Verbeirateten hingegen haben bezüglich der Geschäfte, auf die sich diese Beiratschaft bezieht, überhaupt keine Handlungsfähigkeit mehr und der Beirat ist demnach in diesem Bezirk gesetzlicher Vertreter. Er führt für den Verbeirateten die Prozesse und ermächtigt gegebenenfalls einen Prozessvertreter.

4. Der völlig Prozessunfähige.

Die dem Urteilsunfähigen fehlende Handlungsfähigkeit wird so weit als möglich ersetzt durch die Handlungsfähigkeit des gesetzlichen Vertreters. Er kann unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde alle Prozesse für das Mündel führen, mit Ausnahme solcher, die höchstpersönliche Rechte betreffen, die absolut stellvertretungsfeindlich sind und deshalb bei Urteilsunfähigkeit des Mündels überhaupt nicht ausgeübt werden können⁸². Die Urteilsunfähigkeit ist nun aber nie eine allgemeine, sondern sie ist immer im Hinblick auf bestimmte Situationen zu beurteilen. Ergibt es sich darum, dass ein wegen Urteilsunfähigkeit Entmündigter im Hinblick auf ein Recht urteilsfähig ist, welches der urteilsfähige Unmündige selbst ausüben kann, steht ihm selbst die Geltendmachung dieses Recht zu⁸³. Er kann damit selbstverständlich auch einen Anwalt betrauen.

II. Vollmachterteilung durch Gesetz

Im weitem besteht die Möglichkeit, eine Prozessvollmacht durch Gesetz oder Statuten zu erteilen. In diesen Fällen ist sie regelmässig Bestandteil einer umfassenderen Vollmacht. Dem Zweck nach wird ein gesetzlicher Vertreter und damit eine gesetzliche Vollmacht⁸⁴ in den meisten Fällen nicht nur für einen Prozess erteilt, sondern für einen ganzen Komplex von Handlungen, zu denen auch die Führung eines Prozesses gehören kann. Ob sie dazu gehört, hängt vom Umfang der Vollmacht ab.

⁸² Egger, Komm. zu ZGB Art. 19, N. 10, 2. A.

⁸³ BGE 76 IV 143, 68 II 147, Blätter 48/129.

⁸⁴ Wobei darunter jede Vollmacht verstanden wird, die nicht durch Rechtsgeschäft mit dem Vertretenen eingeräumt wurde. v. Tuhr, OR I, S. 328. Sie beruht also nicht auf dem Willen des Vertretenen.

III. Vollmachterteilung durch den gesetzlichen Vertreter

Unter dem Begriff des gesetzlichen Vertreters wird zweierlei verstanden:

1. Gesetzliche Vertreter sind «... jene Personen, denen die Rechtsordnung die Obhut über die Gesamtinteressen der unmündigen und entmündigten Personen insbesondere für die Teilnahme am Rechtsleben anvertraut hat»⁸⁵.

Diesen gesetzlichen Vertreter möchten wir als den gesetzlichen Vertreter i. e. S. bezeichnen, im Gegensatz zum gleich zu erwähnenden gesetzlichen Vertreter i. w. S.

2. Gesetzliche Vertreter sind gekennzeichnet durch ihre gesetzliche Vertretungsmacht, die ihrerseits dadurch charakterisiert ist, dass die Vertretenen auf Entstehung, Inhalt, Umfang und Untergang der Vollmacht keinen unmittelbaren Einfluss haben⁸⁶. Damit hätten wir die Umschreibung des gesetzlichen Vertreters i. w. S. festgelegt. Er umfasst auch den gesetzlichen Vertreter i. e. S.⁸⁷.

Ob der gesetzliche Vertreter Vollmacht erteilen darf, hängt davon ab, ob sich dies ausdrücklich oder stillschweigend aus seiner eigenen ergibt. Hingegen muss dem gewillkürten Vertreter, der eigens für die Führung eines Prozesses bestellt wurde, diese Vollmacht ausdrücklich als Substitutionsvollmacht erteilt werden (ZPO § 52 II) und zwar wegen des zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer bestehenden Vertrauensverhältnisses. Der Vollmachtgeber legt gewöhnlich Wert auf die Prozessführung gerade dieses Bevollmächtigten. Anders liegen die Verhältnisse beim gesetzlichen Vertreter. Er wird bestellt, um eine vollständige Interessenwahrung vorzunehmen, nicht aber wegen seiner persönlichen Fähigkeit zur Führung eines Prozesses⁸⁸. Wie die Interessenwahrung im Prozess am

85 Hohl, S. 34, nur Eltern und Vormund fallen darunter.
v. Tuhr, OR I, S. 328.

86 Vgl. S. 38, A. 3. Die Auffassung v. Tuhrs wird durch Rosenberg geteilt.

87 Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 195. Wieland HR I, S. 564, 587. Sein wichtigstes Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem gewillkürten Vertreter ist wohl, dass er ein eigenes Tätigwerden des Vertretenen ausschliesst. Vgl. Burckhardt, Organisation, 2. A., S. 296.

88 Eine Substitutionsvollmacht zu gewissen Geschäften darf also grundsätzlich erteilt werden. Dies ist dann nicht gestattet, wenn ein schutzwürdiges Interesse die persönliche Erfüllung verlangt. Becker, Komm. zu OR Art. 33, N. 13. Hupka, S. 353. Fleiner, 3. A. Institutionen, S. 51. Wieland I, S. 574. Keller-Pfisterer, S. 78, Blätter 18/68, N. 25.

besten geschieht, ist seine Sache zu entscheiden. Findet er, ein Anwalt werde den Prozess mit mehr Aussicht auf Erfolg führen, wird er ihm ohne weiteres Vollmacht dazu erteilen dürfen⁸⁹. Er haftet aber für Sorgfalt in der Auswahl des Substituten⁹⁰.

Zur Bestimmung der persönlichen Voraussetzungen, die der gesetzliche Vertreter erfüllen muss, um Prozessvollmacht erteilen zu können, ist von folgendem auszugehen:

Der gesetzliche Vertreter ist in den meisten Fällen ein eigentlicher Vertreter, in dem Sinn, dass er durch seine Handlungen nicht sich selbst, sondern Dritte berechtigt und verpflichtet. Ist dies der Fall, wie z. B. beim Vormund und dem zur Vertretung berechtigten Organ der juristischen Person, so brauchen sie theoretisch nicht handlungsfähig zu sein, um den Vertretenen zu verpflichten⁹¹, es sei denn, die Handlungsfähigkeit sei durch das materielle Recht gefordert, wie etwa im Falle des Vormundes⁹². Sind solche Vertreter nicht handlungsfähig, so sind sie grundsätzlich auch nicht prozessfähig. Dazu ist aber zu sagen, dass die Prozessfähigkeit für Prozesshandlungen aus dem gleichen Grunde verlangt wird, wie die Handlungsfähigkeit für materiellrechtliche Handlungen. Soweit deshalb der gesetzliche Vertreter durch die Erteilung einer Prozessvollmacht nicht gleichzeitig auch sich selbst verpflichtet (wie z. B. bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), braucht er dafür nicht prozessfähig zu sein⁹³.

IV. Vollmachterteilung durch den gewillkürten Vertreter

Vollmachterteilung zur Führung eines Prozesses durch einen gewillkürten Vertreter ist nur möglich, wenn dieser selbst im Besitze einer Prozessvollmacht ist, die ihrerseits eine Substitution vorsieht.

89 Leuch, S. 105. «... als Vollmachtgeber kann auftreten ... das zur Vertretung befugte Organ.»

90 Becker, Art. 33, N. 14. Wieland I, S. 574.

91 Egger, a. a. O. Art. 19, N. 19. v. Tuhr, OR I, S. 328. Egger, a. a. O. Art. 54/55, N. 17. A. A. Kolb, S. 24.

92 ZGB 379

93 Dass der vertretungsberechtigte Gesellschafter der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft in diesem Sinne kein eigentlicher Vertreter ist, indem er nicht nur Dritte, sondern auch sich selbst mitverpflichtet, ergibt sich aus der Regelung der Haftung. Vgl. OR 552.

Nach OR 396 VI muss nämlich eine Prozessvollmacht ausdrücklich erteilt werden.

Spezielle Verhältnisse treffen wir beim Prokuristen⁹⁴. Seine Stellung als «alter ego»⁹⁵ des Geschäftsherrn verlangt, dass seine Vollmacht sehr weit sei und auch die zur Prozessführung umfasse⁹⁶. Er ist ohne weiteres zur Bestellung eines Prozessvertreters befugt⁹⁷.

V. Vollmachterteilung durch den gewillkürten Prozessvertreter (Substitution)

Gemäss § 52 der zürcherischen ZPO bedarf der mit einer allgemeinen Prozessvollmacht ausgerüstete Prozessvertreter für die Bestellung eines Substituten einer ausdrücklichen Vollmacht. Hier besteht ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer, welches nicht zulassen würde, dass die Vollmacht ohne ausdrückliche Zustimmung des Klienten weitergegeben wird⁹⁸. Der Substitut wird dann Geschäftsführer des Prinzipals und Bevollmächtigter des Substituenten, dessen Vertretungsmacht deswegen aber nicht erlischt⁹⁹.

§ 8. Die Anfechtbarkeit der Vollmachterteilung

Die Vollmachterteilung ist eine Prozesshandlung, weshalb diese Frage allgemein die nach der Anfechtbarkeit von Prozesshandlungen ist. Guldener¹⁰⁰ lehnt eine dem Privatrecht analoge Anfechtbarkeit

94 Ueber den Prokuristen als gewillkürten Vertreter vergleiche unten S. 50.

95 Becker, a. a. O. Art. 459, N. I.

96 Siegwart, Komm. zu OR Art. 564, N. 2. Er braucht auch dort keine spezielle Vollmacht, wo das Prozessgesetz eine solche verlangt, z. B. für die Substitution. Becker, a. a. O. Art. 459, N. I. Nicht ganz eindeutig Oser-Schönenberger, Komm. zu OR Art. 459, N. 3. Vogel, S. 87.

OR 396 III gilt nur unter Vorbehalt gesetzlicher Sonderbestimmungen. Becker, a. a. O. Art. 396, N. 7.

97 Anders der Handlungsbevollmächtigte.

98 Eine abweichende Regelung im dts. R. ergibt sich aus dem dort bestehenden Anwaltszwang. Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, S. 200.

99 Vgl. Hodler, S. 88 ff. Keller-Pfisterer, § 47, N. 4. Becker, a. a. O. Art. 33, N. 14. v. Tuhr, OR I, S. 324 ff.

100 Guldener, S. 195.

von Prozesshandlungen wegen Willensmängeln mit der Begründung ab, dass das Prozessrecht andere Mittel zur Verfügung stelle, um fehlerhafte oder unzweckmässige Prozesshandlungen zu verbessern ¹⁰¹. Dabei macht er zwei Einschränkungen, indem er sagt: «Eine analoge Anwendung der privatrechtlichen Normen drängt sich lediglich dort auf, wo Prozesshandlungen ihrem Tatbestand oder ihren Wirkungen nach einem Rechtsgeschäft des Privatrechtes nahekommen.» Gerade in den Wirkungen stimmen nun aber die Vollmacht zu Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen überein: Der Bevollmächtigte kann den Vollmachtgeber durch seine Handlungen direkt berechtigen und verpflichten.

§ 9. Der Empfänger der Prozessvollmacht

I. Der gewillkürte Vertreter als Vollmachtempfänger

Theoretisch wäre es denkbar, dass auch ein Handlungs- bzw. Prozessunfähiger bevollmächtigt wird, und dass dieser ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, auf Grund der Vollmacht als Prozessvertreter, tätig werden kann ¹⁰². Ein Schutzbedürfnis des Mündels besteht hier nicht. Der Vollmachtgeber aber weiss ja, an wen er Vollmacht erteilt und es ist seine Sache zu entscheiden, ob er die damit verbundene Gefahr tragen will oder nicht ¹⁰³. Zu prüfen bleibt die Interessenlage des Gerichtes. Auch für dieses ist es nicht gleichgültig, welche Fähigkeiten die Vertreter besitzen. Im Interesse der Rechtspflege hat daher das Prozessgesetz die Forderung aufgestellt, dass die Vertreter in den bürgerlichen Ehren und Rechten stehen und infolgedessen nach zürcherischem EG zum ZGB Art. 48 auch handlungsfähig sein müssen.

¹⁰¹ Schönke, Lehrbuch, 1950, S. 114.

¹⁰² Voraussetzung ist, dass der Vollmacht kein Vertrag zu Grunde liegt, sonst müsste dieser durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt werden. Hohl, S. 123.

¹⁰³ Peter, S. 53.

II. Der gesetzliche Vertreter als Vollmachtempfänger

(Im Sinn des Vertreters mit gesetzlicher Vertretungsmacht)

Die gesetzliche und die gewillkürte Vertretung sind sehr verschiedene Institute. Becker¹⁰⁴ geht so weit, zu sagen, die Aehnlichkeit beziehe sich beinahe nur auf den Namen. Gemeinsam ist ihnen immerhin darüber hinaus das Erfordernis der Vollmacht, wenn sie rechtsgeschäftlich handeln wollen mit Wirkung für Dritte. Freilich ist diese Vollmacht in bezug auf Erteilung, Umfang, Inhalt und Untergang in den beiden Anwendungsfällen grundlegend verschieden. Im einen Fall hat der Wille des Vertretenen einen entscheidenden Einfluss, im andern überhaupt nicht. Ein weiterer Unterschied der beiden Vertretungsarten besteht darin, dass durch den gesetzlichen Vertreter nicht einem «Nicht selbst handeln wollen» des Vertretenen Rechnung getragen wird, sondern einem «Nicht selbst handeln können». Im weitem ist der gewillkürte Vertreter ein Produkt der Vertragsfreiheit, der gesetzliche eine Forderung der Rechtsgleichheit; denn jedes rechts- und damit parteifähige Gebilde muss seine Rechte, wenn nicht selbst, so durch Dritte wahrnehmen können. Der Grund, weshalb ein selbständiges Handeln nicht möglich ist, kann in der mangelnden Handlungsfähigkeit (die juristische Person ist nur handlungsfähig, wenn sie über die nötigen Organe verfügt) bzw. Prozessfähigkeit oder in der fehlenden Dispositionsfähigkeit bzw. Prozessführungsbefugnis liegen¹⁰⁵. Sofern diese Mängel überhaupt behoben werden können, geschieht dies durch gesetzliche Vertreter¹⁰⁶.

Infolge dieser grundsätzlichen Verschiedenheiten werden an gesetzliche Vertreter als Empfänger einer Vollmacht, wie übrigens auch als Erteiler einer Vollmacht, nicht ohne weiteres die gleichen Anforderungen zu stellen sein wie an gewillkürte Vertreter.

Die Frage, wer als gesetzlicher Vertreter zum Prozess bevollmächtigt sei, ist in erster Linie die Frage, welche gesetzlichen Vertreter kraft ihrer Vollmacht auch Prozesse führen dürfen und in zweiter Linie, ob die Voraussetzungen persönlicher Art, die das materielle

104 Becker, Komm. zu OR, 33, N. 1.

105 Guldener, I, S. 99, A. 31.

106 Fehlt lediglich die Postulationsfähigkeit, so genügt die Bestellung eines gewillkürten Vertreters. ZPO § 34 II.

Recht an die gesetzlichen Vertreter stellt, auch für die Führung eines Prozesses genügen.

Wenn im folgenden untersucht werden soll, welche gesetzlichen Vertreter als solche auch Vollmacht zur Prozessführung haben, so sind darunter die gesetzlichen Vertreter nach der Definition von Rosenberg¹⁰⁷ zu verstehen. Dazu gehören die Eltern, der Vormund (worunter in diesem weitem Sinn auch Beistand und Beirat verstanden sind), der Ehemann nach ZGB 168, der Prokurist und die Organe der juristischen Personen, ferner die Vertreter der parteifähigen Gebilde, die gesetzlichen Vertreter von Sondervermögen, der amtliche Erbschaftsverwalter nach ZGB 554 und 595, der amtliche Erbenvertreter nach ZGB 602 III und der Willensvollstrecker. Gesetzliche Vertreter im Prozess finden wir auch bei der einfachen Gesellschaft¹⁰⁸ und anderen Verbänden, die sich nach den Vorschriften der einfachen Gesellschaft richten.

Stellen wir also fest, welche dieser gesetzlichen Vertreter mit ihrer Vollmacht zugleich auch eine Prozessvollmacht erhalten:

1. Eltern und Vormund.

Die Eltern sind kraft ihrer allgemeinen Vertretungsbefugnis auch zur Prozessführung für die Kinder ermächtigt¹⁰⁹. Eine Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde ist gemäss ZGB 279 III nicht nötig. Der Vormund seinerseits kann seine Vollmacht zur Prozessführung nicht aus ZGB 407 ableiten, da gerade die Prozessführung eine der Ausnahmen bildet, wo die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde verlangt wird¹¹⁰. Wird aber ein Prozess für das Mündel geführt, so kann dies ausschliesslich durch den Vormund und nicht etwa durch die Vormundschaftsbehörde unter Umgehung des Vormundes geschehen¹¹¹.

Nicht so einfach liegen die Verhältnisse beim Beistand und Beirat. Diese Institute umfassen eine solche Vielfalt möglicher Fälle,

107 Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 195. Es soll nur die Rede sein von gesetzlichen Vertretern, die nach ZGB, OR oder SchKG bestellt werden.

108 Dies stimmt nur, soweit sie durch einen Gesellschafter vertreten ist, der berechtigt ist zur Prozessführung im Namen aller Gesellschafter. Guldener, S. 145.

109 Hohl, S. 53. Während der Ehe wird die Vertretung durch den Vater ausgeübt, von der Mutter nur mit Zustimmung des Vaters.
Egger, Komm. zu ZGB Art. 279, N. 7.

110 ZGB 421, Ziff. 8.

111 Blätter 5/87.

dass nur mit Vorbehalt etwas allgemeines darüber ausgesagt werden kann. Soviel steht aber jedenfalls fest, dass in den Fällen, wo sie Prozesse führen können, die Mitwirkung, d. h. die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nötig ist¹¹². Dies erübrigt sich nur dann, wenn der Vertretene entweder selbst an der Prozessführung massgeblich beteiligt ist, wie im Falle der Mitwirkungsbeiratschaft, oder aber die Zustimmung des Vertretenen diejenige der Vormundschaftsbehörde ersetzen kann, wie dies durch ZGB 419 II vorgesehen ist.

Es soll nun festgestellt werden, in welchen Fällen der Beistand- und Beiratschaft in der gesetzlichen Vertretungsmacht auch eine Prozessvollmacht enthalten ist.

Dies hängt vor allem von der Aufgabenumschreibung durch das Gesetz und dem Ermächtigungsbeschluss der Vormundschaftsbehörde ab. Wie bereits erwähnt, ist der Mitwirkungsbeirat¹¹³ nur mit dem Verbeirateten zusammen zur Prozessführung legitimiert. Er besitzt also keine eigene Prozessvollmacht, die ihn zum Handeln vor Gericht für den Vertretenen legitimieren würde.

Der Verwaltungsbeirat ist im Umfang seiner Aufgabe zur Prozessführung berechtigt¹¹⁴. Für ihn werden vor allem Prozesse auf der Beklagtenseite in Frage kommen.

Der Beistand nach 392, der sogenannte Vertretungsbeistand, kann im Rahmen seiner Aufgabe¹¹⁵ als zur Prozessführung legitimiert angesehen werden, unter Vorbehalt des Ermächtigungsbeschlusses der Vormundschaftsbehörde, der den jeweiligen Verhältnissen Rechnung zu tragen vermag. Der Beistand hat sich in den Fällen, wo er nur zur Erledigung einzelner Aufgaben oder Aufgabenkomplexe bestellt ist, die im Ermächtigungsbeschluss umschrieben sind, strikte an die dort gezogenen Grenzen zu halten¹¹⁶. Ein im Gesetz erwähnter Anwendungsfall von ZGB 392 ist z. B. ZGB 311. Bezüglich der Prozessführung durch den Beistand für das uneheliche

112 Das Erfordernis dieser Zustimmung ergibt sich auch aus ZGB 367 III und rechtfertigt sich ganz allgemein aus der Tatsache, dass auch der Beistand ein vormundschaftliches Organ ist, dessen Kompetenzbereich zudem enger ist als der des Vormundes.

113 Kaufmann, SJZ, Bd. 24/125, lehnt die Ansicht ab, dass er ein gesetzlicher Vertreter sei. Nach der von uns übernommenen Auffassung ist er aber doch gesetzlicher Vertreter, da das Kriterium dafür die gesetzliche Vertretungsmacht ist.

114 BGE 43 III 210.

115 Trüb, S. 74. Pfander, S. 41.

116 Tuor, S. 268, ZGB 418.

Kind ist nach einem Entscheid des aargauischen Obergerichtes¹¹⁷ keine spezielle Vollmacht nötig, weil der Beistand im Hinblick auf diesen Prozess bestellt worden sei. Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, dass durchaus keine Pflicht des Beistandes zur Prozessführung gegen den Vater besteht, sondern nur, sofern seine Verhandlungen keine befriedigenden Resultate zu zeitigen vermögen. Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach ein Vormund den Beistand ersetzen soll, sobald die Klage gegen den Vater durchgeführt, oder aber die Klagetrist abgelaufen ist. Es liegt im Interesse aller Beteiligten, dass die Vormundschaftsbehörde darüber befinden kann, ob Klage erhoben werden solle. Es muss ihr deshalb der Entscheid über die Prozessführung vorbehalten bleiben¹¹⁸. Möglicherweise geht schon aus dem Ermächtigungsbeschluss hervor, dass die Vormundschaftsbehörde den Beistand zur Prozessführung ermächtigen will. Weiss man z. B. bereits, dass der Vater zu keinen Leistungen auf freiwilliger Basis gewillt ist, so rechtfertigt sich die Erteilung der Vollmacht gleichzeitig mit dem Ermächtigungsbeschluss durchaus. In diesem Fall ist eine spezielle Vollmacht überflüssig¹¹⁹.

Auch der **Verwaltungsbeistand** ist zur Prozessführung befugt im Umfang seiner Aufgabe¹²⁰.

Auf die Prozessvollmacht von Beirat und Beistand soll unter dem Titel «Umfang der Prozessvollmacht von Beirat und Beistand» näher eingetreten werden.

2. Der Ehemann gemäss ZGB 168.

Es ist bis heute nicht eindeutig entschieden, ob der Ehemann, der gemäss ZGB 168 den Prozess um das eingebrachte Gut der Ehefrau führt, als Partei oder als gesetzlicher Vertreter auftritt. Die neuere Auffassung geht jedoch dahin, in ihm einen gesetzlichen Vertreter zu sehen, der ohne spezielle Vollmacht der Ehefrau den Prozess führen kann¹²¹.

117 VJS 14/64.

118 Vergleiche Trüb, S. 82, 83.

119 Blätter 15/40.

120 BGE 58 II 394.

121 Vgl. Lit.-Angaben zu dieser Frage bei Guldener, I, S. 145, A. 18. Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 165b, sagt, es erlösche die Proz. F. für ein bestimmtes Verfahren. Vgl. aber unten S. 104.

3. Der Prokurist einer juristischen Person.

In der Literatur¹²² wurde, im Zusammenhang mit der Besprechung eines dort angeführten Urteils des bernischen Appellationshofes, die Ansicht vertreten, der Prokurist einer juristischen Person, der gemäss Statuten oder Reglement durch Generalversammlung oder Verwaltung¹²³ zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sei, sei Organ der juristischen Person und nicht einfach Vertreter¹²⁴. Als solcher müsse er als Prozessvertreter zugelassen werden, ohne dass in seiner Person die Anforderungen, die an gewillkürte Vertreter gestellt werden, erfüllt sind. Es fragt sich nun, ob diesem Prokuristen, allgemein gesagt, einem durch Statuten oder Reglement vorgesehenen Geschäftsführer oder Vertreter tatsächlich Organstellung zukommt¹²⁵. Ein Vertreter der juristischen Person ist dann Organ, wenn er durch Statuten bzw. durch ein von ihnen vorgesehenes Reglement oder durch Gesetz berufen ist, nicht aber, wenn ein Organ ihn als Vertreter bestellt hat zur eigenen Entlastung¹²⁶. Solche Vertreter sind als Hilfspersonen zu betrachten¹²⁷. Es handelt sich bei ihnen nicht um eine eigentliche Funktionsübertragung. Anders bei Bestellung eines Vertreters auf Grund der Statuten oder eines durch sie vorgesehenen Reglementes. Dadurch findet eine eigentliche Delegation der Aufgaben der Verwaltung statt, durch welche der Aufgabenkreis der Verwaltung eingeschränkt wird¹²⁸. Gleichgültig ist dabei, ob die Uebertragung der Vertretungsmacht durch Statuten oder Reglement direkt geschieht oder indirekt, indem Statuten oder Reglement die Generalversammlung oder Verwaltung dazu ermächtigen. Die Bestellung stützt sich jedenfalls auf Statuten oder Reglement und schafft deshalb Organe¹²⁹. Gestützt auf diese Aus-

122 Schweizerische AG, Mai 1950, S. 202 ff.

123 OR 717 II. Der Prokurist ist nach OR 721 III nicht Organ.

124 Als Vollmachtgeber kann auftreten . . . das zur Vertretung befugte Organ . . . (OR 717). Leuch, S. 105.

125 BGE 65 II 6.

126 v. Tuhr, OR I, S. 328, 385.

127 OR 101.

128 Kolb, S. 52. Ein Prokurist kann wegen der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Funktionen der Verwaltung nur auf Grund einer Ermächtigung durch Statuten oder Reglement bestellt werden.

129 v. Tuhr, OR I, S. 328, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Schweiz. OR, S. 50. Bundesblatt 1928, S. 253/54.

führungen kann man deshalb sagen, dass der Prokurist, dem die Vertretungsmacht auf die erwähnte Weise eingeräumt wurde, Organ der juristischen Person ist, und als solcher die Stellung eines gesetzlichen Vertreters einnimmt¹³⁰. Darin liegt die für uns wichtige Auswirkung der Tatsache. Es wird sich weiter hinten zeigen, dass er als gesetzlicher Vertreter bedeutend leichtern Anforderungen genügen muss, um vor Gericht auftreten zu können, als wenn er gewillkürter Vertreter wäre¹³¹.

Von diesem Fall abgesehen, ist der Prokurist gewillkürter Vertreter¹³².

4. Die Organe der juristischen Personen des Privatrechts¹³³.

Die Vollmacht der Vertretungs-Organen umfasst ausnahmslos auch das Recht zur Prozessführung.

Vereine: ZGB 69.

Stiftungen: ZGB 83/84.

AG: OR 718.

Kommandit AG: OR 765 verweist auf 718 durch 764.

GmbH: OR 814 verweist auf 718.

Genossenschaft: OR 899.

5. Die gesetzlichen Vertreter der nach Privatrecht parteifähigen Gebilde¹³⁴.

Die gesetzlichen Vertreter dieser von Gesetzes wegen parteifähigen Gebilde haben das Recht, auch Prozesse zu führen:

Kollektiv- und Kommanditgesellschaft: OR (562) 564, OR (602) 603.

Verwaltung der Genossenschaft: OR 891.

Verwaltung der AG: OR 706.

Analoge Regelung für die GmHb: OR 808 VI.

¹³⁰ Blätter 44/110.

¹³¹ Vgl. auch BGE 43 II 127 E 3.

¹³² Vgl. Leuch, Art. 83, N. 1.

¹³³ Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 196 oben.

¹³⁴ Eine umfassende Uebersicht über alle parteifähigen Gebilde findet sich bei Reich, S. 30 ff.

6. Gesetzliche Vertreter von Sondervermögen.

Gewisse Vermögensteile, wie die Konkursmasse, die Liquidationsmasse im Falle des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung und das Erbschaftsvermögen bei amtlicher Liquidation, stehen nicht unter der Verfügungsfähigkeit des eigentlich Berechtigten. Diesen ist für einen Teil ihres Vermögens vielmehr die Dispositionsfähigkeit entzogen¹³⁵. Sie können darüber keine Prozesse führen. An deren Stelle handelt ein gesetzlicher Vertreter. Für die Konkursmasse handelt die Konkursverwaltung nach SchKG 240, für die Liquidationsmasse die Liquidationsorgane und für die Erbschaft im Falle der amtlichen Liquidation schliesslich der Erbschaftsverwalter nach Art. 593¹³⁶. In bezug auf die Konkursverwaltung ist folgendes zu ergänzen: Nach der älteren Praxis des Bundesgerichtes¹³⁷ war es laut SchKG 237 III, Ziffer 3, Sache des Gläubigerausschusses, die Konkursverwaltung zur Prozessführung zu ermächtigen. Im Entscheid 67 III 181, E 2, ändert das Bundesgericht seine Praxis, indem es annimmt, SchKG 240 schaffe für die Konkursverwaltung Vertretungsmacht und Art. 237 III, Ziffer 3, komme nur zur Anwendung, wenn die Masse keine eigenen Mittel zur Prozessführung besitze, wie z. B. in diesem Fall des Nachkonkurses nach SchKG 269. Diese Ueberlegung erscheint nicht sehr überzeugend. Wieso sollten die Gläubiger nur in diesem Fall eine Ermächtigung erteilen müssen? Sie haben immer ein Interesse, dass die Konkursmasse nicht unnötig verkleinert wird; denn eine Verminderung der Konkursmasse trifft sie so gut wie eine direkte Zahlung aus ihrer Tasche. Die Prozessführung geht jedenfalls immer auf ihre Kosten. Die ältere Auffassung des Bundesgerichtes scheint den Bedürfnissen viel eher gerecht zu werden. Die Konkursverwaltung soll nicht von sich aus über einen so wichtigen Schritt wie die Prozessführung von sich aus entscheiden können. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Praxisänderung des Bundesgerichtes schwer zu verstehen.

135 Rosenberg (Lehrbuch, 4. A., S. 195 I) ist der Ansicht, die Vertretenen verlören in bezug auf ein bestimmtes Verfahren die Prozessfähigkeit.

136 Escher, Komm. zu ZGB Art. 596, N. 2, 8 (1943).
Guldener, I, S. 95.

137 BGE 39 I 98; 51 III 161.

7. Der Erbschaftsverwalter nach ZGB 554 und 559, der amtliche Erbenvertreter nach ZGB 602 III und der Willensvollstrecker nach ZGB 518.

Dass es sich hier um gesetzliche Vertreter handelt, die auch in dem ihrer Aufgabe entsprechenden Umfang Prozesse führen können, wird durch Literatur und Praxis bestätigt¹³⁸. Das Bundesgericht¹³⁹ hat bis jetzt, gestützt auf die Literatur¹⁴⁰ immer angenommen, diese drei gesetzlichen Vertreter nähmen Parteistellung ein. Erst in neuester Zeit wurde dieser Auffassung entgegengetreten und zwar durch Guldener¹⁴¹. Da aber diese Streitfrage, wie wir noch sehen werden, in unserem Zusammenhang nicht von Bedeutung ist, soll auf diese Frage nicht näher eingetreten werden.

8. Geschäftsführender Gesellschafter der einfachen Gesellschaft.

Die Geschäftsführer nach ZGB 535 sind gesetzliche Vertreter, sofern ihnen oder Dritten die Geschäftsführung nicht durch Beschluss oder Vertrag überbunden wurde, sondern von Gesetzes wegen zu steht. In den genannten Fällen nämlich leitet sich ihre Vollmacht von einem Rechtsgeschäft ab und die Bevollmächtigten sind damit gewillkürte Vertreter. Die Vollmacht zur Geschäftsführung ist negativ umschrieben durch Art. 535 III. Sie bezieht sich zunächst nur auf das Innenverhältnis und umfasst alles, was zum gewöhnlichen Betrieb zu rechnen ist. Die Vertretung gegenüber Dritten wird durch Art. 513 geregelt. Danach kann der Gesellschafter, dem die Geschäftsführung überlassen wird, die Gesellschaft auch gegen aussen vertreten. Durch die Anknüpfung an die Geschäftsführung bei der Umschreibung der Vertretungsmacht wird ausgedrückt, dass die Vertretung den gleichen Beschränkungen unterliegt wie die Geschäfts-

138 Escher, Komm. zu ZGB Art. 554, N. 16, zu Art. 518, N. 31, zu Art. 602, N. 78. Tuor, Komm. zu ZGB Art. 554, N. 18, 19, zu Art. 602, N. 49. (Hier werden alle drei gesetzlichen Vertreter einander gleichgestellt.) BGE 53 II 208, 54 II 199. Vgl. spez. für den Willensvollstrecker BGE 59 II 123, Rosenberg, a. a. O., 4. A., S. 195, Seeger, S. 87.

139 BGE 53 II 208, 54 II 200.

140 Vgl. Reich, S. 21 und die dort zitierte Literatur.

141 Guldener, I, S. 144.

führung¹⁴². Die Prozessführung gehört nun aber ganz zweifellos nicht in den Kreis der Geschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zu rechnen sind¹⁴³. Aus OR 543 III ist also die Vollmacht zur Prozessführung eines geschäftsführenden Gesellschafters nicht ableitbar. Er braucht wie ein beliebiger Dritter, der für sämtliche Gesellschafter einen Prozess führen will, eine Zustimmungserklärung aller Mitgesellschafter. Dies bedeutet nichts anderes, als dass er eine spezielle Prozessvollmacht benötigt¹⁴⁴. Das gilt jedenfalls für die Gesellschafter, die ihre Geschäftsführungsbefugnis bzw. Vertretungsmacht aus ihrer Stellung als Gesellschafter ableiten. Wie es sich für die oder den Gesellschafter oder einen Dritten verhält, denen bzw. dem die Geschäftsführung durch Vertrag oder Beschluss übertragen wurde, lässt sich nicht generell entscheiden, sondern richtet sich nach dem Vertragsinhalt.

9. Der Konkursgläubiger nach SchKG 260.

Die Abtretung einer Forderung nach SchKG 260 ist als Prozessvollmacht aufzufassen¹⁴⁵. Der Abtretungsgläubiger ist ein Vertreter, der eigentlich im Namen des Gemeinschuldners oder der Masse den Prozess führen sollte. Jedoch wird ihm durch die Praxis gestattet, als Partei aufzutreten, was sich dadurch rechtfertigt, dass er selbst die Nachteile eines verlorenen Prozesses zu tragen hat¹⁴⁶.

Prozessvollmacht allein ist sozusagen nie einziger Inhalt einer gesetzlichen Vollmacht¹⁴⁷, sondern meist nur Bestandteil einer umfassenderen Vollmacht, die in erster Linie die rechtswirksame Vornahme von Vertreterhandlungen im materiellen Recht ermöglicht.

142 Siegwart, Komm. zu OR Art. 542, N. 9, anerkennt, dass die Vertretungsbefugnis im Rahmen der gewöhnlichen Geschäfte jedem geschäftsführenden Gesellschafter zustehe, auch wenn ihm seine Geschäftsführungsbefugnis weder durch Vertrag noch durch Beschluss übertragen sei. A. A. Becker, Komm. zu OR Art. 543, N. 5, Iklé, S. 34/35, Thalmessinger, S. 25, Anmerkung 10.

143 Vgl. die Umschreibung der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten. Siegwart, Komm. zu OR Art. 535, N. 7, Becker, Komm. zu OR Art. 535, N. 6.

144 SJZ 11/117, zur Prozessführung durch die einfache Gesellschaft vgl. Siegwart, Vorbemerkung zu Art. 530 bis 551, N. 119, 120.

145 Sie kann als solche wie jede andere Prozessvollmacht erst im Laufe des Verfahrens beigebracht werden. Jaeger, SchKG Art. 260, N. 3, Abs. 2. Blätter 12/200, 16/161, ZBJV 62/89.

146 Jaeger, SchKG Art. 260, N. 3.

147 Ausnahmen: ZGB Art. 168, SchKG Art. 260.

Ihre Hauptbedeutung liegt dort. Die Regelung, die sie im materiellen Recht erfahren hat, ist so umfassend, dass das Prozessgesetz auf eine eigene Regelung verzichten konnte und auch verzichtet hat ¹⁴⁸.

Die ZPO hätte freilich gar keine weiteren Anforderungen an den gesetzlichen Vertreter für den Empfang der Vollmacht zur Prozessführung stellen dürfen; denn wenn das Gesetz mit der materiellrechtlichen Vollmacht auch die zur Prozessführung erteilt, so darf das Prozessgesetz keine schwereren Bedingungen aufstellen, da sein Zweck in der Durchsetzung des materiellen Rechts besteht und diese nicht erschweren oder verunmöglichen darf ¹⁴⁹. Abzuklären, welcher Art die persönlichen Voraussetzungen für die verschiedenen gesetzlichen Vertreter nach materiellem Recht sind, gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Wir können uns mit der Feststellung begnügen, dass an den gesetzlichen Vertreter als Inhaber einer Prozessvollmacht durch das Prozessgesetz keine speziellen Anforderungen gestellt werden dürfen.

III. Der Armenanwalt als Vollmachtempfänger

Der Armenanwalt erhält den Auftrag zur Prozessführung durch das Gericht, da aus dem Auftrag die Entschädigungspflicht gegenüber dem Anwalt entsteht und diese dem Staat überbunden ist ¹⁵⁰. Vollmacht aber kann nur die Partei erteilen. Dies tut sie, indem sie um Bestellung eines unentgeltlichen Anwaltes nachsucht. Sie stellt damit sozusagen dem Gericht eine Blankovollmacht aus, deren Adressat unbestimmt ist. Diese Vollmacht wird ausgefüllt durch das Gericht, indem es einem Anwalt den Auftrag zur Prozessführung erteilt. Die Vollmacht wird also nicht durch das Gericht erteilt, sondern nur übermittelt ¹⁵¹.

148 Ganz ähnlich liegen die Dinge beim Prokuristen. Hellwig, Festgabe für Otto Gierke, S. 46.

149 Guldener, Bd. I, S. 58.

150 Guggenheim, S. 93.

151 Guggenheim, S. 91. Guldener, Bd. I, S. 317 A 23 b, c, Rosenberg, Lehrb., 4. A., S. 200 3. c.

§ 10. Die Postulationsfähigkeit

I. Der gewillkürte Prozessvertreter und die Parteien

Die Frage, an wen sinnvoller Weise eine Prozessvollmacht erteilt wird, hängt eng zusammen mit der Frage der Postulationsfähigkeit¹⁵². Das Erfordernis der Postulationsfähigkeit ist eine Konsequenz der Kompetenz der Kantone, das Verfahren und die Organisation für das Auftreten vor Gericht selbst zu ordnen¹⁵³. Wer befugt ist, als Vertreter die Prozesshandlungen vorzunehmen und ob dieses Recht beispielsweise auch den Parteien selbst zusteht, ist deshalb eine Frage des Prozessrechtes. Die Antwort auf die Frage der Postulationsfähigkeit für Parteien und gewillkürte Vertreter gibt § 34 der zürcherischen ZPO. Danach können sich Parteien vertreten lassen...¹⁵⁴, was soviel heisst, als dass sie auch selbst vor Gericht aufzutreten befugt sind¹⁵⁵.

Bezüglich der gewillkürten Vertreter¹⁵⁶ ist zu unterscheiden zwischen gewerbsmässigen und nicht gewerbsmässigen. Für letztere verlangt das Prozessrecht nur, dass sie in bürgerlichen Ehren und Rechten¹⁵⁷ stehen und behält für die gewerbsmässigen Vertreter weitere Bestimmungen durch das RAG vor¹⁵⁸. Die Vorbehalte, welche die ZPO in § 34 im weitem zu Gunsten der «nachfolgenden Bestimmungen» macht und mit denen die §§ 35 und 36 gemeint sind, beziehen sich nicht auf die Postulationsfähigkeit, sondern auf die Zulassung der Stellvertretung in gewissen Verfahren. Der Ent-

152 Vgl. Guldener, S. 100 A. 35.

153 BV 64 III.

154 Aus dem Wortlaut von § 34 ergibt sich, dass nur eine physische Person vor Gericht auftreten kann (Blätter 37/98), da nur diese in bürgerlichen Ehren und Rechten stehen kann.

155 § 34 II stellt eine Möglichkeit zum Entzug der Post.Fäh. einer Partei dar.

156 Hier kann es sich nur um gewillkürte Vertreter handeln. Hängt es vom Willen der Vertretenen ab, ob sie sich vertreten lassen will oder nicht, kann es sich nicht um eine gesetzliche Vertretung handeln.

157 Laut EG 48 zum ZGB steht in bürgerlichen Ehren und Rechten jeder handlungsfähige Mann, Frau, Ausländer, sofern sie ihm nicht durch den Richter entzogen sind.

158 Das Gesetz verwendet in § 34 die Ausdrücke «vertreten» und «verbeiständen». Auch der Beistand in diesem Sinne ist ein Vertreter (Hellwig, ZZP 39/366), nur braucht er keine Vollmacht, da er nur im Beisein der Partei auftreten kann. Der Beistand spielt deshalb hier keine Rolle. Er ist zu unterscheiden vom vormundschaftsrechtlichen Beistand. Egger, Komm. zu ZGB Art. 392, N. 5 A.

scheid darüber fällt in die Kompetenz der Kantone, da es sich in OR 33, wie gezeigt, nicht um einen obligatorischen Vorbehalt handelt.

Die Voraussetzungen der Postulationsfähigkeit erschöpfen sich im Erfordernis der bürgerlichen Ehren und Rechte¹⁵⁹ und den Bestimmungen des RAG § 1.

II. Der gesetzliche Vertreter

Für die gesetzlichen Vertreter und die Organe juristischer Personen ist die Frage der Postulationsfähigkeit durch ZPO § 31 in dem Sinne geregelt, dass jeder gesetzliche Vertreter und jedes Organ ohne weiteres postulationsfähig ist.

In diesem Fall wird für uns die Frage gegenstandslos, ob der gesetzliche Vertreter Parteistellung innehat oder nicht, da er im einen wie im andern Falle postulationsfähig ist und in seiner Person keine weiteren Voraussetzungen erfüllt zu sein brauchen.

§ 11. Adressat der Vollmachterteilung¹⁶⁰

Schon das materielle Recht (OR 33 III) erwähnt die Möglichkeit der Bevollmächtigung durch Erklärung an einen Dritten. Die Vollmacht ist der Teil der Stellvertretung, die den Dritten interessiert, im Gegensatz zum Innenverhältnis von Vertreter und Vertretenem. Sie muss ihm deshalb zur Kenntnis gebracht werden. Dies kann sowohl durch direkte Anzeige durch den Vollmachtgeber geschehen, als auch durch den Vertreter, der sich dann seinerseits durch eine Urkunde über die Bevollmächtigung ausweisen kann. Ungenügend ist ein lediglich interner Akt zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen. Da die Verhältnisse im Prozess gleich sind, gilt diese Regelung auch hier. Als Dritter kommt nach ZPO § 50 I praktisch nur das Gericht in Frage. Der Vertreter kann, abgesehen von einem Nachweis durch schriftliche Vollmacht, auch durch eine mündliche, zu Gerichtsprotokoll gegebene Erklärung der Partei bevollmächtigt werden.

¹⁵⁹ Vgl. EG zum zürcherischen ZGB § 48.

¹⁶⁰ v. Tuhr, OR I, S. 311, ZJP 39/375 und Anmerkung 21, Rosenberg, Stellvertretung, S. 566, 567.

§ 12. Form der Erteilung der Prozessvollmacht

Die Prozessvollmacht kann nur in den zwei durch das Gesetz vorgesehenen Formen erteilt werden ¹⁶¹.

§ 13. Ausweis über die Vollmacht

I. Durch den gesetzlichen Vertreter

Wie bereits ausgeführt, ist die Stellung des gesetzlichen Vertreters derjenigen der Partei sehr stark angenähert ¹⁶². So fallen denn die gesetzlichen Vertreter nicht unter ZPO § 34, sowenig als die Bestimmung des § 50 ¹⁶³ auf sie anzuwenden ist ¹⁶⁴. § 50 ist seiner Funktion und Fassung nach auf den gewillkürten Vertreter zugeschnitten. Da die Tatsache, ob der gesetzliche Vertreter auch Vollmacht zur Prozessführung besitzt, nicht so sehr mit seiner Person als mit seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter zusammenhängt, muss es genügen, dass er sich über seine Stellung als solcher ausweisen kann.

II. Durch den gewillkürten Vertreter

Was den gewillkürten Vertreter anbetrifft, sind für ihn die Schriftlichkeit oder die mündliche Bestätigung der Partei zunächst die vom Gesetz allein anerkannten Beweisformen ¹⁶⁵.

161 ZPO § 50.

162 Vgl. z. B. die persönliche Befragung des gesetzlichen Vertreters an Stelle des Vertretenen. ZPO § 174.

163 § 34, Abs. 1: «Die Parteien können sich unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen und derjenigen des Gesetzes betreffend die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes durch eine andere Person vertreten oder verbeistanden lassen, die im Besitze der bürgerlichen Ehren und Rechte steht.»

§ 50: «Wer als Parteivertreter auftritt, bedarf einer schriftlichen oder von der Partei zu Gerichtsprotokoll erklärten Vollmacht. Der Richter hat den Mangel einer solchen von Amtes wegen zu berücksichtigen; er kann jederzeit die Beibringung oder Verbesserung der Vollmacht anordnen, sowie auch die Beglaubigung der Unterschrift des Vertretenen verlangen.»

164 Vgl. z. B. die ZPO des Kantons Thurgau, § 43, wo ausdrücklich die Nichtanwendbarkeit dieses § auf gesetzliche und statutarische Vertreter erwähnt ist.

165 Rosenberg, Lehrbuch, S. 200 3. c.

Man kann sich fragen, ob diese Aufzählung der Beweismöglichkeiten in ZPO § 50 eine abschliessende ist. Der Zweck dieser Regelung ist darin zu sehen, dass man Prozesse vermeiden wollte, die sich nachträglich als ungültig erweisen, weil der Vertretene sich weigert, sie zu genehmigen¹⁶⁶. Wie dieser Nachweis erbracht wird, ist zwingend vorgeschrieben, da Beweisvorschriften ihrer Natur nach nicht dispositiv sein können. Sofern allerdings auf eine qualifiziertere Art, als das Gesetz vorschreibt¹⁶⁷, der Nachweis erbracht werden könnte, müsste er wohl zugelassen werden. Nur wird dies praktisch schwierig sein.

§ 14. Wirkungen¹⁶⁸ der Vollmachterteilung auf den Vollmachtnehmer, den Vollmachtgeber und auf Dritte

I. Bei der gewillkürten Vertretung

1. Der Vollmachtnehmer:

Durch die Bevollmächtigung wird der Vollmachtnehmer zu nichts verpflichtet, da die Vollmacht, als einseitiges Rechtsgeschäft, ohne seine Zustimmung erteilt werden kann. Hingegen kann er, gestützt auf diese Vollmacht, Rechtshandlungen vornehmen, die ihre Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen entfalten, falls er sie in dessen Namen vornimmt. Ebenso kann er Prozesshandlungen in Empfang nehmen, da mit der aktiven Vertretung meist auch die passive verbunden ist¹⁶⁹. Dies ist im Prozess immer der Fall, da hier der Vertreter den Vertretenen in jeder Beziehung vertritt¹⁷⁰, sofern die

¹⁶⁶ ZBJV 73/96.

¹⁶⁷ Vgl. aarg. ZPO § 44, bernische ZPO § 84, Stein-Jonas-Schönke, § 80, I. Er sagt, vollwertiger Ersatz für eine Vollmachtsurkunde sei nur eine öffentliche Urkunde über eine mündliche Erklärung.

¹⁶⁸ Rosenberg, Lehrbuch, S. 192, Ziff. 3, sagt, es handle sich dabei nicht immer um «Wirkungen» der Prozessvollmacht, sondern einfach um Vorschriften, die sich an sie anschliessen.

¹⁶⁹ v. Iuhr, OR I, S. 315.

¹⁷⁰ Rosenberg, Stellvertretung, S. 794.

Vollmacht nicht beschränkt ist. Hingegen ist er allein auf Grund der Vollmacht nicht verpflichtet, solche Prozesshandlungen entgegenzunehmen, sowenig er verpflichtet ist, solche vorzunehmen¹⁷¹. Die Pflicht dazu kann sich nur aus dem der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben.

2. Der Vollmachtgeber:

Durch die Vollmachterteilung begibt sich der Vollmachtgeber nicht des Rechtes zur eigenen Vornahme oder Entgegennahme von Prozesshandlungen¹⁷². Er kann neben dem Vertreter solche vornehmen, da er durch die Erteilung der Vollmacht nicht auf seine Prozessfähigkeit verzichtet hat und es auch gar nicht tun kann, sowenig als man auf seine Handlungsfähigkeit verzichten kann.

Ergeben sich Widersprüche zwischen den tatsächlichen Erklärungen des Vertreters und des Vertretenen, so sind sie nach den Regeln der freien Beweiswürdigung zu beurteilen¹⁷³.

Wie verhält es sich aber, wenn der Widerspruch in Rechtshandlungen besteht? Nehmen wir an, der Vertreter erhebe Klage auf Ehescheidung aus ZGB 139 und der Kläger verzeihe seiner Gattin am nächsten Tag. Damit wird die Klage unbegründet. Genau wie ein und dasselbe Rechtssubjekt sich durch seine Handlungen widersprechen kann, können sich Vertreter und Vertretener widersprechen. Der Widerspruch wird nach den gleichen Grundsätzen gelöst, wie wenn der Vertretene beide Handlungen selbst, zeitlich aufeinanderfolgend, vorgenommen hätte. Fallen diese sich widersprechenden Handlungen zeitlich zusammen, so ist die Situation so zu lösen, dass die Handlung Gültigkeit hat, die die andere ausschliesst. Burckhardt¹⁷⁴ braucht in diesem Zusammenhang folgendes Beispiel: Wenn der Gläubiger den Schuldner betreibt und der Anwalt gleichzeitig auf die Forderung verzichtet, so ist die Forderung untergegan-

171 BGE 69 III 88; Stein-Jonas-Schönke § 81 IV.

172 Guldener, S. 102. Burckhardt, Organisation, 2. A., S. 296. Guggenheim, S. 92. VJS 25/68 ff. Hellwig ZJP 39/81. Rosenberg, L. 4. A., S. 194 c). Vgl. aber ZPO Uri § 51 II.

173 Keller-Pfisterer, S. 74, I. Abschnitt. Leuch, Art. 83, N. 1. Burckhardt, Organisation, 1. A., S. 314.

174 Burckhardt, Organisation, 2. A., S. 314 A. 1.

gen. Stellen wir uns diese Situation zeitlich gestaffelt vor. Ging der Verzicht auf die Forderung der Betreibung voraus, so ist die Betreibung nicht mehr berechtigt. Betrachtet man hingegen die Betreibung als vorausgehende Handlung, so wird sie durch den Verzicht hinfällig. Jedenfalls bleibt aber der Verzicht auf die Forderung in Geltung. Schliessen sich aber die Handlungen des Vertreters und des Vertretenen nicht aus, so sind beide gültig.

3. Der Dritte:

Als Dritte kommen der Prozessgegner und das Gericht in Frage. Kann der Vollmachtgeber weiterhin selbst handeln, so kann er auch Prozesshandlungen entgegennehmen. Der Dritte ist deshalb theoretisch nicht gezwungen, dem Vertreter gegenüber zu handeln¹⁷⁵. Freilich wird dies in Prozessen aus praktischen Gründen regelmässig so gehandhabt.

II. Bei der gesetzlichen Vertretung

1. Vollmachtnehmer:

Der gesetzliche Vertreter hat die Interessen des Vertretenen in einem viel umfassenderen Sinne wahrzunehmen als der eigentliche Prozessvertreter. Fällt die Prozessführung in seine Kompetenz, so ist er, wie im materiellen Recht, dann zu handeln verpflichtet, wenn es das Interesse des Vertretenen erfordert. Da er seine Vertretungsmacht nicht vom Vertretenen ableitet, hat er von dessen Seite keine Weisungen entgegenzunehmen. Auch in den Fällen, wo der Vertretene um seine Meinung befragt wird, handelt es sich nicht um verbindliche Anordnungen¹⁷⁶. Der gesetzliche Vertreter handelt ausschliesslich¹⁷⁷.

2. Der Vertretene:

Soweit im Rahmen der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters die eigene Handlungsfähigkeit erlischt, kann der Vertretene

¹⁷⁵ Zu beachten ist immerhin RAG § 11. Anders im deutschen Recht wegen des Anwaltszwanges. Vgl. Dts. ZPO § 176, Rosenberg, Stellvertretung, S. 932 ff. ZZP 39/382.

¹⁷⁶ Burckhardt, Organisation, 2. A., S. 296.

¹⁷⁷ Burckhardt, Organisation, 1. A., S. 169.

weder selbständig Prozesshandlungen vornehmen noch entgegennehmen¹⁷⁸. Daraus ergibt sich, dass die Zustellung des Urteils an einen Handlungsunfähigen nicht den Beginn der Berufungsfrist entstehen lässt oder die Testamentseröffnung gegenüber einer urteilunfähigen Erbin die Verjährung nicht beginnen lässt¹⁷⁹.

3. Der Dritte:

Er ist gezwungen, dem Vertreter gegenüber zu handeln, sofern es sich beim Vertretenen nicht um einen handlungsfähigen Verbeiständeten handelt.

Wird dem gesetzlichen Vertreter, der nicht zur Prozessführung ermächtigt ist, eine Klage zugestellt, so muss er sich durch die Vormundschaftsbehörde ernächtigen lassen oder diese veranlassen, die nötigen Schritte zu unternehmen. Dieses Vorgehen verlangt die allgemeine Fürsorgepflicht des gesetzlichen Vertreters¹⁸⁰. Dem Gericht ist Mitteilung zu machen, wenn der Prozess nicht durch den ordentlichen gesetzlichen Vertreter geführt wird.

§ 15. Inhalt der Vollmachtsurkunde

Dem zürcherischen Prozessgesetz ist darüber nichts zu entnehmen, so wenig wie etwa dem bernischen oder aargauischen. Aus der Aufgabe der Vollmacht geht aber hervor, dass sich daraus der Gegenstand der Vollmacht in sachlicher und persönlicher Hinsicht ergeben muss. Ebenso soll die Vollmachtsurkunde mit Datum und Unterschrift versehen sein¹⁸¹.

178 Vgl. v. Tuhr, Bürgerliches Recht, I. S. 169. Blätter 49/30, nicht so der gesetzliche Vertreter des handlungsfähigen Verbeiständeten.

179 BGE 75 II 194.

180 Rosenberg, Stellvertretung, S. 778.

181 Leuch, S. 105, 106, ZBJV 46/263 und Blätter 17/154 gehen zu weit. Die Bevollmächtigung eines Anwalts, während einer gewissen Zeit für den abwesenden Vollmachtgeber Prozesse zu führen, wäre verunmöglicht. Vgl. Keller-Pfisterer, S. 74, III. Sträuli-Hauser, ZPO § 52, N. 1. Becker, a. a. O. Art. 396, N. 10, Blätter 9/53, SJZ 16/64.

§ 16. Prüfung des Vorliegens der Vollmachtsurkunde

Ein Mangel der Vollmacht ist nach ZPO § 129 durch das Gericht von Amtes wegen festzustellen.

Das Prüfen von Amtes wegen schliesst regelmässig das Erfordernis eines Parteienantrages, das sonst Voraussetzung für das Vorgehen des Gerichtes ist, aus. Ob dieses selbständige Handeln des Gerichtes ein «müssen» oder lediglich ein «können» ist, ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang, in dem die Bestimmung steht. So ist z. B. die Beweisabnahme des Richters von Amtes wegen nach § 166 als ein «können» formuliert. Es steht damit in seinem freien Ermessen, ob er solche Beweise abnehmen will oder nicht. Freies Ermessen ist aber nie als Willkür aufzufassen. Sind die Voraussetzungen zu einem Vorgehen von Amtes wegen nach pflichtgemässer Prüfung der Umstände gegeben, so steht es nicht im Belieben des Richters, eine solche Beweisabnahme anzuordnen oder nicht. Er muss dies tun. Zum gleichen Resultat gelangen wir, wenn wir das «können» durch ein «müssen» ersetzen. Auch dieses gilt nur unter der Voraussetzung, dass der Richter nach seinem Ermessen findet, dieses Vorgehen sei gerechtfertigt. Wo der Entscheid, ob vorzugehen sei oder nicht, im Ermessen des Richters steht, ist es unerheblich, ob er von Amtes wegen vorgehen kann oder muss, mit andern Worten, ob es ein Recht ist oder eine Pflicht¹⁸². Dies gilt nur, sofern einem Vorgehen von Amtes wegen ein Ermessensentschluss des Richters vorangeht.

Eine andere Wirkung hätte das «können» bei der Prüfung der Vollmacht. Dann wäre der Richter nur im Zweifelsfalle verpflichtet, die Vorlage einer solchen zu verlangen. Nach geltendem Recht «hat» aber der Richter zu prüfen. Diese Formulierung lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass der Richter diese Prüfung immer vorzunehmen hat.

Die Prüfung der Vollmacht des gesetzlichen Vertreters durch das Gericht lässt sich nicht aus ZPO § 50 ableiten, weil dieser Paragraph nur den gewillkürten Vertreter umfasst. Wenn auch die Terminologie in der ZPO ziemlich uneinheitlich ist, so ist doch anzunehmen, dass sie mindestens innerhalb des gleichen Satzes das gleiche Wort synonym verwendet. Kann deshalb die Partei (§ 50) die Vollmacht auch mündlich zu Gerichtsprotokoll erklären, so kann es sich nur

¹⁸² Burckhardt, Organisation, 2. A., S. 316.

um eine handlungsfähige Partei handeln. Der Parteivertreter, der im 1. Teil des gleichen Satzes erwähnt ist, kann deshalb nur ein gewillkürter sein. Hingegen lässt sich das Recht des Richters zur Prüfung auch der gesetzlichen Vollmacht aus § 129 ableiten. In Fällen, wo der gesetzliche Vertreter nicht schon kraft seiner Stellung Prozesse führen kann, wie z. B. der Vormund, ist die Notwendigkeit der Vorlage einer Vollmacht bzw. des Ermächtigungsbeschlusses der Vormundschaftsbehörde durchaus anzuerkennen. Andererseits wäre es übertriebener Formalismus, wollte man dies auch von solchen gesetzlichen Vertretern verlangen, die als solche schon Prozessvollmacht besitzen. Hier muss wohl ihre Legitimation als gesetzliche Vertreter, z. B. in der Form eines Auszuges aus dem Handelsregister, genügen¹⁸³.

§ 17. Der Umfang der Prozessvollmacht des Anwaltes

I. Die Vollmacht mit kasuistischer Aufzählung der Prozesshandlungen

Der Umfang der Vollmacht wird in erster Linie durch den Willen der vertretenen Parteien bestimmt. Sie können dem Vertreter eine Vollmacht ausstellen, die kasuistisch alle Handlungen aufzählt, welche er für sie vornehmen können soll. Ist der Vertreter ein Anwalt, so wird er seinem Klienten meist ein Formular zur Unterschrift vorlegen, das die in Frage kommenden Handlungen aufzählt. Es steht den Parteien frei, eine Prozessvollmacht nur zur Führung des Prozesses in einer Instanz auszustellen¹⁸⁴, oder sie sogar auf einzelne Prozesshandlungen zu beschränken. Hingegen kann sie nicht unter einer Bedingung erteilt werden¹⁸⁵.

Bei dieser Art der Vollmachterteilung entstehen bezüglich der Beurteilung des Umfanges naturgemäss keine Schwierigkeiten. Es ist aber auch möglich, dass der Vertreter lediglich eine sogenannte allgemeine Prozessvollmacht erhält, oder eine Vollmacht zur Führung des Prozesses vor einer Instanz, ohne dass weitere Angaben darüber

183 Stein-Jonas-Schönke, § 80 IV 2., Hellwig, Lehrb., II, S. 406. Becker, a. a. O. Art. 459, N. 1, verlangt denn auch nur, dass sich der Prokurist als solcher ausweise.

184 Blätter 25/45.

185 Blätter 22/164. Guldener, S. 103; Schönke, Lehrbuch, S. 115.

gemacht werden, welche Handlungen davon umfasst werden¹⁸⁶. Wie weit in solchen Fällen die Vollmacht geht, ist durch das Prozessgesetz geregelt. § 52 sagt, sie umfasse alle Handlungen, die den Prozess betreffen. Was darunter zu verstehen ist, soll im folgenden untersucht werden.

II. Die Generalvollmacht zur Prozessführung

Dass diese Vollmacht nicht nur eigentliche Prozesshandlungen umfasst, ergibt sich aus dem Zweck ihrer Erteilung¹⁸⁷. Wird ein Prozessvertreter bestellt, so hat dies den Sinn, dass er den Prozess in seiner Gesamtheit führt. D a z u wird er bestellt und nicht zur Vornahme von Prozesshandlungen, wenn seine Tätigkeit auch grösstenteils daraus bestehen wird. Die Prozessgesetze des Kt. Bern und Kt. Aargau vermeiden beispielsweise eine Umschreibung der Generalvollmacht und bestimmen deren Umfang negativ durch die Umschreibung der Handlungen, die nicht darunter fallen. Sowohl Keller-Pfisterer¹⁸⁸ als auch Leuch¹⁸⁹ sind sich darüber einig, dass die Generalvollmacht nicht nur Prozesshandlungen umfasst, sondern alle die Handlungen, «die sich auf die urteilsmässige Erledigung des Streites vor den staatlichen Gerichten beziehen»¹⁹⁰. Weiter geht die Umschreibung des Umfanges der Generalvollmacht nach Rosenberg¹⁹¹, der dem mit einer Generalvollmacht versehenen Vertreter die Vornahme aller der Handlungen erlaubt, die die Partei selbst vornehmen könnte. Diese Umschreibung geht für das zürcherische Recht zu weit¹⁹².

Wo liegen nun aber die Grenzen der Generalvollmacht?

1. Zunächst findet die Vollmacht nach zürcherischem Recht ihre Begrenzung da, wo eine Stellvertretung (nicht auch die Bestellung

186 Die Vollmacht zur Prozessführung in einer Instanz beurteilt sich grundsätzlich gleich wie eine solche für alle Instanzen. Stein-Jonas-Schönke, § 81 I. Sie berechtigt noch zur Einlegung der Berufung. Blätter 25/45.

187 Vgl. Hellwig ZJP 39/369. Stein-Jonas-Schönke, § 81 III 1. ff.

188 Keller-Pfisterer, § 47, N. 1.

189 Leuch, Art. 84, N. 1.

190 Keller-Pfisterer, § 47, N. 1.

191 Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 200, Goldschmidt, S. 469.

192 Nach deutschem Recht ist die Generalvollmacht im Interesse der öffentlichen Sicherheit unbeschränkbar, mit Ausnahme von drei Punkten: Vergleich, Verzicht, Anerkennung. Vgl. Beckscher Kurzkomentar, § 83 A. 1.

eines Prozessbeistandes) durch die ZPO selbst ausgeschlossen ist. Dies sind die Fälle, wo die Partei in der Regel selbst erscheinen¹⁹³ oder handeln muss¹⁹⁴.

2. Ferner sind durch ZPO § 52 II einige Handlungen aufgezählt, die einer Spezialvollmacht bedürfen. Es wird sich im folgenden zeigen, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist.

3. Schliesslich gibt es Rechte, die nach Möglichkeit durch den Berechtigten selbst ausgeübt werden sollten¹⁹⁵. Dies betrifft die sogenannten Persönlichkeitsrechte. Falls der Berechtigte urteilsunfähig ist, entfällt deren Ausübung zum Teil überhaupt. Eine Aufzählung der Handlungen, welche die allgemeine Prozessvollmacht nicht umschliesst aus den unter 1. erwähnten Gründen, erübrigt sich, da sie sich ohne weiteres aus dem Gesetz ergeben. Hingegen ist auf die Handlungen, zu denen eine Spezialvollmacht nötig ist, näher einzutreten.

Wird dem Vertreter eine Generalvollmacht erteilt, ohne dass die einzelnen Handlungen, zu denen er ermächtigt sein soll, darin aufgezählt werden, so hat sie den durch ZPO § 52 I bestimmten Umfang. Jede solche Generalvollmacht ist beschränkt durch § 52 II. Für die dort erwähnten Handlungen bedarf es einer Spezialvollmacht. In vielen Fällen der Praxis wird die Spezialvollmacht gleichzeitig mit der Generalvollmacht erteilt, indem das Formular, das der Anwalt seinem Klienten zur Unterschrift vorlegt, sich ausdrücklich auch auf die Geschäfte von Abs. II des § 52 bezieht¹⁹⁶.

Die Umschreibung der Geschäfte, für welche eine Spezialvollmacht nötig ist, variiert von Kanton zu Kanton nicht sehr stark. Regelmässig sind die Handlungen erwähnt, die wirtschaftlich oder rechtlich einschneidende Folgen haben. Dass sie nicht vollständig

193 Hauptverhandlung im Eheprozess, § 252.

194 Verfahren vor dem Friedensrichter.

195 Egger, Kommentar zu ZGB Art. 19, N. 10.

196 Schon im Protokoll der Gesetzesrevisionskommission zur Prüfung und Begutachtung der von der Direktion der Justiz ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe (1863 bis 1865) betreffend 3. Die ZPO, wurde die Ansicht geäussert, es sei sinnlos, für die Substitution eine Spezialvollmacht zu verlangen, indem diesesfalls die Anwälte sich die Spezialvollmacht gleichzeitig mit der Generalvollmacht werden erteilen lassen. Dies geschehe auf dem einfachen Weg, dass die Geschäfte, die einer Spezialvollmacht bedürfen, auf ihrem Formular aufgenommen werden. Die Meinung, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient sei durch eine Erschwerung der Substitution zu schützen und könne auf diesem Wege geschehen, vermochte aber doch durchzudringen. S. 631.

übereinstimmen, mag daran liegen, dass jeder Gesetzgeber seine eigenen Anschauungen hat in bezug auf das, was wichtige Angelegenheiten sind. Durch das Erfordernis der Spezialvollmacht soll der Vollmachtgeber einerseits vor allzu draufgängerischen oder allzu schnell kompromissbereiten Vertretern geschützt werden, andererseits selbst davon abgehalten werden, unüberlegt so weitreichende Kompetenzen einzuräumen.

Trifft nun dieses Schutzbedürfnis noch hinsichtlich anderer Geschäfte zu, so ist auch für diese eine Spezialvollmacht nötig. Die Vollmacht sollte nicht extensiv interpretiert werden, da sie einen Dritten berechtigt, in die Rechtssphäre des Vertretenen einzugreifen.

Stellen wir uns also zunächst die Frage, was für weitere Spezialvollmachten, abgesehen von denen in der zürcherischen ZPO § 52 II erwähnten, noch in Frage kommen.

Im Gegensatz zu den Prozessordnungen von Bern und Aargau verlangt das zürcherische Prozessgesetz für den Abschluss eines Schiedsvertrages keine spezielle Vollmacht. Die Gesetzgebungskompetenz in dieser Beziehung steht dank OR 33 den Kantonen zu. Da die ZPO über die Frage einer Spezialvollmacht in bezug auf den Abschluss eines Schiedsvertrages nicht legiferiert hat, ergeben sich folgende Möglichkeiten:

- a) Ein solcher Vertragsschluss ist nicht als eine den Prozess betreffende Handlung aufzufassen, woraus sich ohne weiteres ergibt, dass eine Spezialvollmacht nötig ist¹⁹⁷.
- b) Der Abschluss eines Schiedsvertrages lässt sich als eine Prozesshandlung im Sinne von § 52 I auffassen.

Da darunter nicht nur eigentliche Prozesshandlungen verstanden sind, sondern einfach solche, die sich im Zusammenhang mit der Prozessführung ergeben, liesse sich auch der Abschluss eines solchen Vertrages darunter subsumieren. Dies setzt jedenfalls eine sehr weite Fassung des Begriffes der Prozesshandlung voraus. Aber selbst wenn wir dies als zulässig betrachten, ist es trotzdem im Hinblick auf ZPO 52 II nicht ausgeschlossen, dass eine Spezialvollmacht nötig ist. Der an dieser Stelle erwähnte Katalog von Handlungen, zu deren Vornahme eine Spezialvollmacht nötig ist, enthält z. B. in der Klageanerkennung und dem Klagerückzug auch Handlungen, die als Prozesshandlungen im Sinne von § 52 I zu betrachten sind. Entscheidend

¹⁹⁷ *Arguifentum a contrario* aus ZPO § 52 II.

für das Erfordernis einer Spezialvollmacht ist also nicht allein, ob der Schiedsvertrag eine Prozesshandlung sei oder nicht. Auch Prozesshandlungen von grosser wirtschaftlicher oder rechtlicher Bedeutung müssen durch eine Spezialvollmacht gedeckt sein.

Es frägt sich, ob die Gründe, die zur Aufstellung des in § 52 II erwähnten Kataloges geführt haben, eine Erweiterung dieser Aufzählung um den Schiedsvertragsabschluss rechtfertigen. Das heisst, in einer Frage ausgedrückt: Braucht es zum Abschluss eines Schiedsvertrages in Analogie zu den in § 52 II erwähnten Handlungen ebenfalls eine Spezialvollmacht, auch wenn es sich um eine Prozesshandlung im Sinne von § 52 I handelt?

Die Beantwortung der unstrittenen Frage, ob der Schiedsvertrag eine Prozesshandlung darstelle, wird überflüssig, wenn sich das Bedürfnis einer Spezialvollmacht durch Analogie von ZPO § 52 II ableiten lässt. Aus diesem Grunde soll zuerst abgeklärt werden, ob Ueberlegungen von ähnlicher Wichtigkeit, wie beispielsweise beim Vergleich, eine Spezialvollmacht als nötig erscheinen lassen.

Der verfassungsmässige Richter ist jedermann durch BV 58 garantiert. Auf dieses Recht kann verzichtet werden¹⁹⁸, z. B. durch den Abschluss eines Schiedsvertrages zwischen den Parteien. Dies bedeutet, dass sie für die Geltendmachung eines Rechtes nicht ein staatliches Gericht in Anspruch nehmen wollen. Ein Schiedsgericht belastet aber die Parteien finanziell bedeutend stärker als ein staatliches Gericht.

Im Hinblick auf die Tragweite dieser Entscheidung, sowohl in bezug auf den Verzichtenden¹⁹⁹, als auch auf den Staat²⁰⁰, muss der Vertrag nach zürcherischer ZPO schriftlich abgefasst sein²⁰¹. Dieses Erfordernis ist zwingendes Recht, wie ja das Prozessrecht als öffentliches Recht grösstenteils zwingender Natur ist²⁰². Veranlasst nun das Gesetz auf diese Weise die Vertragsparteien zur gründlichen Ueberdenkung ihres Schrittes, so heisst das auch, dass er von Wichtig-

198 Burckhardt, Kommentar zu BV Art. 58, S. 536, Abs. 4, 3. Aufl.

199 Verzicht auf ein verfassungsmässiges Recht.

200 Staat hat ein Interesse daran, dass wenn auf seine Gerichtsbarkeit verzichtet wird, ein anderes Gericht wirksam an seine Stelle tritt.

201 ZPO § 359, Fehr, S. 21, 26, Schuppisser, S. 38.

202 Ausschluss des Konventionalprozesses, Guldener, S. 43.

A. A. Lutz in SJZ 44/149.

Im Zweifel sei eine Bestimmung eine Ordnungsvorschrift, und zwar im Interesse der rechtsunkundigen Parteien.

keit ist. Daraus lässt sich hinwiederum die Berechtigung ableiten, dafür, so gut wie für einen Vergleichsabschluss, eine Spezialvollmacht zu verlangen. Es besteht kein Grund anzunehmen, der Klient lege den Entscheid über diese Frage im Rahmen einer allgemeinen Prozessvollmacht in die Hände des Anwaltes, besonders da er bei deren Erteilung meist gar nicht an ein Schiedsgericht denken wird²⁰³.

(Wie es sich verhält, wenn der Anwalt ohne entsprechende Vollmacht sich auf ein Schiedsgericht einlässt, soll später, zusammen mit der gleichlautenden Frage bezüglich der Prorogation, behandelt werden.)

Die Notwendigkeit einer Spezialvollmacht ergibt sich somit durch Auslegung aus § 52 ZPO. Es ist aber nicht erforderlich, wie Fehr und Schuppisser²⁰⁴ dies tun, sich auf Bundesrecht zu berufen, um dies zu begründen. Der Anwalt fällt bezüglich der Beurteilung des Umfangs seiner Vollmacht weder unter OR 33 noch 396. Für ihn wird der Vorbehalt zu Gunsten des Prozessrechtes, der in beiden Artikeln erwähnt ist, praktisch. Die Regelung im OR kann höchstens als Hinweis dafür gewertet werden, dass der Bundesgesetzgeber die Vollmacht zum Abschluss von Schiedsverträgen nicht in der allgemeinen Vollmacht zur Prozessführung enthalten betrachtet.

Wir haben das Erfordernis einer Spezialvollmacht nicht zuletzt damit begründet, dass der Berechtigte dadurch auf ein verfassungsmässiges Recht verzichte. Es ist nun festzustellen, dass es sich beim Prorogationsvertrag, ganz ähnlich wie beim Schiedsvertrag, ebenfalls um die Aufgabe eines solchen verfassungsmässigen Rechtes handeln kann. Es steht ohne Zweifel fest, dass auch auf dieses Recht verzichtet werden kann²⁰⁵. Es stellt sich somit die gleiche Frage wie beim Schiedsvertrag, ob nämlich die Vollmacht dazu in der allgemeinen Prozessvollmacht enthalten sei, oder ob ebenfalls eine spezielle erteilt werden muss.

Das Bundesgericht und auch die zürcherischen Gerichte haben wiederholt festgestellt²⁰⁶, ein Prorogationsvertrag liege nur dann vor, wenn der Vertragsgegner klar und deutlich z. B. auf den Ge-

203 Fehr, S. 34, Schuppisser, S. 34, Sträuli-Hauser, § 52, N. 4. Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege, 20/360.

204 Fehr, S. 34, Schuppisser, S. 24.

205 Burckhardt, 3. A. Komm. zu BV Art. 59, S. 560, 5.

206 BGE 49 I. 48, 75 I 38, 51 I 33, Blätter 28/145, 31/153, 32/27, 47, 192. 47/66. Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 16, N. 2.

richtsstand nach BV 59 verzichtet habe und es genüge im allgemeinen nicht, dass die Gerichtsstandsklausel in einem Vertrag nur ganz nebenbei erscheine, so dass nicht mit Sicherheit angenommen werden könne, dass der Vertragsgegner davon Kenntnis genommen habe. Werden nun an die Gültigkeit des Verzichtes so strenge Anforderungen gestellt, so muss dies auch dann geschehen, wenn der Berechtigte einem Dritten die Entscheidung über den wirksamen Verzicht auf dieses Recht übertragen will. Deshalb soll der Anwalt nur kraft einer ausdrücklichen Vollmacht für seinen Klienten auf den ordentlichen Gerichtsstand verzichten können ²⁰⁷.

Sind diese Verträge, d. h. Schieds- und Prorogationsvertrag, ohne Vollmacht abgeschlossen worden, so sind sie wie andere Prozesshandlungen genehmigungsfähig ²⁰⁸. Wie liegen nun aber die Verhältnisse, wenn sich der Vertreter ohne spezielle Vollmacht auf ein Schiedsgericht bzw. auf einen prorogierten Gerichtsstand einlässt? Einlassung bindet die Parteien selbst im einen wie im anderen Fall ²⁰⁹.

Von dieser Tatsache aus wollen wir die Beantwortung dieser Frage versuchen.

Nach ZPO § 16 kann durch Vertrag Prorogation vereinbart werden. Diesen Vertrag können die Parteien schriftlich, mündlich oder sogar stillschweigend schliessen ²¹⁰, sofern eine diesbezügliche Willenseinigung nur tatsächlich zustande kommt. Liegt der Einlassung wirklich ein Konsens zu Grunde, so ist dies schon nach § 16 eine gültige Prorogation. Nun gilt aber die Einlassung gemäss ZPO § 17 als stillschweigende Vereinbarung, auch wenn ein dahingehender Wille der Partei tatsächlich gar nicht vorliegt. Es nützte dem Be-

207 Sträuli-Hauser, a. a. O. § 52, N. 4, § 16, S. 43.

208 Zu den Prozesshandlungen gehören auch prozessuale Verträge. Dass es sich bei diesen zwei Verträgen um solche handelt, bestätigen Fehr, S. 25, 43, 44 und Guldener, S. 43, A. 4.

209 Prorogationsvertrag: vgl. ZPO § 17.

Schiedsvertrag: vgl. ZPO § 359.

Bei der Prorogation tritt diese Wirkung nur dann ein, wenn dadurch nicht ein sog. zwingender Gerichtsstand ausgeschaltet wird, wie er z. B. für Ehe- und Vaterschaftssachen ZPO § 16 II besteht.

In diesen Fällen liegen meist öffentliche Interessen oder zumindest solche Dritter im Spiel, die eine freie Disposition der Parteien in dieser Frage ausschliessen und auch die Prüfung der Zuständigkeit des Gerichtes von Amtes wegen, in jeder Instanz und in jedem Stadium des Verfahrens, rechtfertigen.

210 Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 16, N. 2a.

klagten selbst nichts, wenn er nachzuweisen vermöchte, dass er sich nicht bewusst war, vor einem unzuständigen Gericht zu stehen. Eine Einlassung wird einfach als stillschweigende Vereinbarung ausgelegt. Das Gesetz stellt also hier eine unwiderlegbare Vermutung auf. Diese Auffassung wurde eingehend untersucht von J. Weissmann²¹¹, indem er von einem Satz von Bülow²¹² ausging, wonach jede Fiktion dazu diene, unbemerkt einen neuen Rechtsgedanken einzuführen. Weissmann schält nun diesen Rechtsgedanken heraus und kommt dabei zum Schluss, dem § 17 liege ein anderer Zuständigkeitsgrund für den prorogierten Gerichtsstand zu Grunde als dem § 16. Bei diesem sei es die Vereinbarung der Parteien, bei jenem aber die Einlassung.

In diesem Falle ist es begreiflicherweise irrelevant, ob der Beklagte gewusst hat, dass es sich um ein unzuständiges Gericht handelte oder nicht. Diese zwei verschiedenen Begründungen der Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes tragen zwei Bedürfnissen Rechnung. § 16 ist im Interesse der Berücksichtigung des Parteiwillens aufgestellt, § 17 hingegen in dem der Öffentlichkeit²¹³. Der Prozess verlangt klare, eindeutige Verhältnisse, wie sie bei unbeschränkter Berücksichtigung des Parteiwillens nicht bestehen könnten. Liesse sich beispielsweise die Zuständigkeit nur durch den wirklichen Willen und nicht auch durch die Einlassung begründen, so wäre es durchaus denkbar, dass eine Partei sich vorläufig einmal auf einen Gerichtsstand einlässt, um bei einer unerwünschten Entwicklung die Einrede der Unzuständigkeit vorzubringen, indem sie behauptet, die Unzuständigkeit des Gerichtes nicht gekannt zu haben.

Aus dieser Auffassung ergibt sich zwanglos eine Lösung für unsere Frage, ob auch die Einlassung durch den nichtbevollmächtigten Anwalt die Zuständigkeit des Gerichtes begründe. Kommt es nämlich nicht auf den Willen zur Prorogation an, sondern nur auf die tatsächliche Einlassung²¹⁴, so ist das Vorgehen des Anwaltes für die Partei auch dann verbindlich, wenn der Wille zur Prorogation nicht vorhanden war. Das Interesse an einer unzweideutigen Situation besteht, ob der Vertreter oder der Berechtigte selbst handelt.

²¹¹ J. Weissmann, S. 67 ff.

²¹² Bülow, Civilprozessualische Fiktionen, S. 6.

²¹³ Hellwig, System, I., S. 131.

²¹⁴ Dies ist ein Begriff des Bundesrechtes, weil dadurch auf ein verfassungsmässiges Recht verzichtet wird. Es unterliegt deshalb der Prüfung des Bundesgerichtes, ob eine Einlassung vorliegt oder nicht. Weissmann, S. 70.

Ist aber die Einlassung des Anwaltes für die Partei gleichermassen verbindlich, ob er mit oder ohne Vollmacht gehandelt hat, so ist es auch sinnlos, für die Einlassung vor einem prorogierten Gericht eine Spezialvollmacht zu verlangen. Von Wichtigkeit sind hingegen die parteiinternen Abmachungen, indem der Anwalt bei instruktionswidrigem Verhalten seinem Klienten gegenüber gegebenenfalls schadenersatzpflichtig wird.

Mit der Einlassung auf einen prorogierten Gerichtsstand lässt sich auch die Einlassung auf ein Schiedsgericht vergleichen. Der Schiedsvertrag bedarf der schriftlichen Form, soweit das Schiedsgericht seinen Sitz im Kanton Zürich hat²¹⁵. Die Schriftlichkeit ist nicht lediglich Beweisvorschrift, sondern Gültigkeitserfordernis²¹⁶. Wird nun nach erfolgter Einlassung die Einrede eines nicht schriftlich abgeschlossenen Schiedsvertrages ausgeschlossen, so heisst das nichts anderes, als dass das Vorliegen eines schriftlichen Schiedsvertrages fingiert werde. Diese Fiktion ihrerseits ist lediglich eine Form zur Einführung eines weiteren Zuständigkeitsgrundes auch für das Schiedsgericht, nämlich den der Einlassung. Die Ueberlegungen, die bei der Prorogation zur Anerkennung der Einlassung als Zuständigkeitsgrund geführt haben, sind auch hier gültig.

Haben wir nun einerseits die Ausnahmen von ZPO § 52 II ergänzt, so kann man sich andererseits fragen, ob das Erfordernis der Spezialvollmacht nicht auch durch Ausnahmen durchbrochen werden könne. Soweit der Prozessvertreter nach kantonalem Recht bestellt wird, ist dies ausgeschlossen, da er unter den Bestimmungen der ZPO steht. Denkbar wäre es hingegen, dass eine bundesrechtliche Norm für durch Bundesrecht anerkannte Prozessvertreter auf die Spezialvollmacht verzichtet. In diesem Zusammenhang wäre der Vertreter nach Patentgesetz Art. 24 I und Muster und Modell Gesetz Art. 14 zu erwähnen. Beide sind zur Führung eines Rechtsstreites ermächtigt, der das Patent bzw. den Muster- und Modellschutz betrifft. Vorbehalten sind nur die kantonalen Vorschriften über berufsmässige Prozessvertretung, nicht aber die über den Umfang der Vollmacht. Diesen Vertretern wird durch das Bundesrecht eine Generalvollmacht ausgestellt zur Prozessführung mit Bezug auf gewisse Streitigkeiten. Kantonale Beschränkungen der Vollmacht sind hier unverbindlich. Ob diese Vertreter nicht auch eine Spezialvollmacht

215 Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 369 a, 359 III.

216 Schuppisser, S. 38.

brauchen im Anwendungsgebiet des Bundeszivilprozessrechtes ist damit noch nicht entschieden. Es kommt darauf an, welche Handlungen das Bundesrecht unter einer Generalvollmacht zusammenfasst. Brauchen auch diese Vertreter für gewisse Handlungen eine Spezialvollmacht, was tatsächlich unter der alten BZPO Art. 38 der Fall war, so jedenfalls nicht in Anwendung von ZPO § 52 II. Insofern bilden diese Vertreter tatsächlich eine Ausnahme von § 52 II ²¹⁷.

Was nun die Rechte betrifft, die ihrer Natur nach nur vom Berechtigten ausgeübt werden sollen, so fallen dabei die Persönlichkeitsrechte vor allem in Betracht. Im Interesse «der Bewegungsfreiheit des Einzelnen und seiner übrigen persönlichen Güter» ist die Verfügung darüber beschränkt ^{217a}.

Sie ist möglich in Form eines Vertrages oder auch durch Zustimmung des Berechtigten ²¹⁸.

Egger unterscheidet zwischen körperlichen Gütern, seelischen Gütern, solchen der Aussenwelt und der Freiheit der wirtschaftlichen Person ²¹⁹. Schlechthin nicht verfügen kann man über die körperlichen und seelischen Güter. Damit fällt auch die Möglichkeit einer Verfügung durch einen Vertreter weg. Hingegen ist in bezug auf die äusseren persönlichen Güter und die wirtschaftliche Persönlichkeit bis zum Grade der Uebermässigkeit eine Verfügung möglich. Für unsere Verhältnisse kommt hauptsächlich eine Verfügung über die äusseren Persönlichkeitsgüter in Betracht und unter diesen im speziellen die Geheimsphäre. Der Berechtigte kann «... Dritten Eingriffs- oder Gebrauchsrecht einräumen ... ²²⁰» und «... vollends kann er über seine Geheimsphäre ... verfügen.» Dies wird beispielsweise praktisch werden, wenn es sich darum handelt, ob der Vertreter den Arzt des Klienten vom Arztgeheimnis entbinden kann. Nach dem Vorausgegangenen ist dies zweifellos möglich ²²¹. Der Anwalt muss aber im Besitze einer entsprechenden Vollmacht sein. Nun stellt sich

217 Die BZPO von 1947 schliesst sich bezüglich der Beurteilung der Frage des Umfanges und des Erlöschens der Vollmacht den Vorschriften des OR an.

217a Egger, Komm. zu ZGB 27, N. 3.

218 Auch die Zustimmung schliesst die Widerrechtlichkeit der Verletzung eines persönlichen Rechtes durch Dritte aus. Specker, S. 195.

219 Egger, Komm. zu ZGB, Art. 27.

220 Egger, Komm. zu ZGB, Art. 27, N. 34.

221 So auch Giesker, Geheimsphäre, S. 189. «Auch kann ich meinen Preisgabewillen durch meinen Stellvertreter geltend machen.»

aber, ähnlich wie beim Schieds- und Prorogationsvertrag, die Frage, ob die dazu nötige Vollmacht in der allgemeinen Prozessvollmacht enthalten sei, oder ob sie speziell zu erteilen ist. Zählt die Vollmacht kasuistisch alle Handlungen auf, zu denen die Prozessvollmacht ermächtigt, so ist selbstverständlich eine ausdrückliche Erwähnung nötig. Handelt es sich um eine Generalvollmacht, so ist auch hier unbedingt eine Spezialvollmacht zu verlangen. Es geht doch wohl nicht an, ohne ganz schlüssige Anhaltspunkte zu vermuten, der Berechtigte wolle einem Dritten freie Hand lassen über die Verfügung eines Rechtes, das zum Schutze seiner intimsten Sphäre geschaffen worden war.

§ 18. Umfang der Prozessvollmacht des gesetzlichen Vertreters

Bei dieser Frage ist zweierlei zu unterscheiden:

- a) Welche Handlungen der Vertreter innerhalb des Prozesses vorzunehmen befugt ist.
- b) Zur Führung welcher Prozesse der gesetzliche Vertreter ermächtigt ist ²²².

Der Inhalt der 1. Frage ist klar. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, dass weder der Umfang der Prozessvollmacht der gesetzlichen noch der der gewillkürten Vertreter sich allein, losgelöst von den materiellrechtlichen Hintergründen, betrachten lässt ²²³. Gerade diese sind es, die den Umfang der Vollmacht im allgemeinen und der Prozessvollmacht im speziellen entscheidend bestimmen ²²⁴.

Die zweite Frage hängt ebenfalls eng zusammen mit der nach dem Aufgabenkreis des gesetzlichen Vertreters. Im Hinblick auf diesen lässt sich aber nur bestimmen, welche Prozesse mit Sicherheit nicht in seine Kompetenz fallen, da ihm innerhalb seines gewöhnlichen oder üblichen Aufgabenkreises immer noch Beschränkungen

²²² Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, 4. A., S. 776.

²²³ z. B. der Prokurist oder Beauftragte.

²²⁴ Als Beispiel des Einflusses des materiellrechtlichen Verhältnisses liesse sich etwa das Recht zur Substitution anführen. Dieses ist in der Prozessvollmacht des gesetzlichen Vertreters regelmässig enthalten, während der gewillkürte Vertreter dafür eine spezielle Vollmacht braucht.

auferlegt werden können, sei es durch Gesetze oder Satzungen. Eine klare Abgrenzung der Kompetenzen ist deshalb nötig und besonders wichtig, wenn es sich um gesetzliche Vertreter handelt, die nur zur Erfüllung einzelner Aufgaben bestellt sind. So kann etwa der Ehemann nicht jeden Prozess als gesetzlicher Vertreter der Ehefrau führen, sondern nur sofern dieser sich auf das eingebrachte Gut bezieht. Das gleiche gilt für den Beistand nach ZGB 311, der zur Wahrung der Interessen der unehelichen Kinder gegenüber dem Vater bestellt wurde und den Verwaltungsbeirat, der gleichzeitig das Vermögen des Kindes verwaltet. Beide sind, um dies vorwegzunehmen, im Rahmen ihrer Aufgaben zur Prozessführung für die gleiche Person legitimiert. Um negative oder positive Kompetenzkonflikte zu vermeiden, muss ihre Zuständigkeit genau abgegrenzt werden.

Diese beiden Fragen, einerseits nach den Prozessen, andererseits nach den Handlungen innerhalb eines Prozesses, sind bei jedem gesetzlichen Vertreter gesondert zu betrachten und abzuklären, soweit dies nicht schon unter dem Titel «Vollmächtempfänger» geschehen ist.

I. Der Umfang der Prozessvollmacht des Vormundes

Zu welchen Handlungen innerhalb eines Prozesses er bevollmächtigt sein soll, ergibt sich aus dem Ermächtigungsbeschluss der Vormundschaftsbehörde, der ihm die Prozessführung überhaupt erst ermöglicht. Entweder sind darin, ähnlich der Vollmacht eines Anwaltes, die Handlungen, zu denen der Vormund ermächtigt ist, einzeln aufgezählt oder der Ermächtigungsbeschluss enthält eine allgemeine Ermächtigung zur Prozessführung. Trifft dies letztere zu, so wird ihm eine Generalvollmacht im Sinne von § 52 ZPO eingeräumt²²⁵. Was die Notwendigkeit einer speziellen Ermächtigung zu gewissen besonders wichtigen Handlungen im Prozess betrifft, so gibt ZGB 421, Ziff. 8, dafür einige Anhaltspunkte. Diese Aufzählung ist aber so wenig erschöpfend, wie die von ZPO § 52 II. Die Interessenlage des Mündels, wie auch das Entlastungsbedürfnis des Vormundes von der Verantwortung, verlangen eine spezielle Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde und zwar in den gleichen Fällen, in denen der gewillkürte Vertreter eine Spezialvollmacht braucht²²⁶.

²²⁵ Kaufmann, Komm. zu ZGB Art. 421, N. 22.

²²⁶ Eine Ausnahme bildet die Vollmacht zur Substitution.

Es kann deshalb auf die Ausführungen beim gewillkürten Vertreter verwiesen werden.

Einen etwas breiteren Raum wird im folgenden die Besprechung der Frage in Anspruch nehmen, welche Prozesse durch den Vormund geführt werden können.

Da die Vormundschaft eine umfassende persönliche und vermögensrechtliche Fürsorge darstellt, ist der Vormund mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Führung aller Prozesse berechtigt, unter Vorbehalt folgender Ausnahmen:

a) In die Kompetenz des *urteilfähigen Mündels* gehören gemäss der früher gewonnenen Resultate²²⁷ alle Prozesse, die sich aus Art. 410, 412, 414 und 19 ergeben. Die Grenze des Prozessführungsrechtes des Mündels in bezug auf Art. 19 II wurde bereits gezogen. Zusammenfassend kann wiederholt werden, dass auch dann ein Prozessführungsrecht des Mündels besteht, wenn aus der Prozessführung an sich finanzielle Verpflichtungen erwachsen, nicht aber, wenn finanzielle Fragen den eigentlichen Streitgegenstand bilden. Für diesen Teil ist die Mitwirkung des Vormundes nötig. Ueberwiegt der materielle Aspekt, so ist der ganze Prozess durch den Vormund zu führen, wie z. B. im Falle der einfachen Vaterschaftsklage²²⁸. Hingegen kann der Prozess um Zusprechung mit Standesfolge, Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, wie auch das Begehren um Ehelicherklärung, durch das Mündel selbst geführt werden.

b) Es bleibt die Situation des *urteilsunfähigen Mündels* abzuklären. Soll über solche Persönlichkeitsrechte Prozess geführt werden, die es bei Urteilsfähigkeit selbst ausüben dürfte, so ist immer zu untersuchen, ob es auch in bezug auf diesen Prozess urteilsfähig sei, denn die Urteilsunfähigkeit ist nie eine allgemeine, sondern in jeder Situation eine neu zu prüfende Frage. Kann die Urteilsfähigkeit bejaht werden, so steht dem Mündel die Prozessführung selbst zu. Zu denken wäre beispielsweise an die Einreichung einer Scheidungsklage, oder Einlegung der Berufung gegen ein Scheidungsurteil²²⁹. Ob und wie weit bei Urteilsunfähigkeit die Ausübung der sog. höchstpersönlichen Rechte dahinfällt, ist noch abzuklären.

²²⁷ Vgl. S. 24 ff.

²²⁸ BGE 52 II. 93.

²²⁹ BGE 76 IV 143, Blätter 48/129.

Die Ausübung eines Teils der Persönlichkeitsrechte entfällt unbestritten nicht mit dem Verlust der Urteilsfähigkeit²³⁰, indem sie durch gesetzliche Vertreter ausgeübt werden können. Bezüglich eines anderen Teils gehen die Meinungen auseinander. Zu dieser zweiten Gruppe gehören die höchstpersönlichen Rechte aus dem Familienrecht. Während Rossel et Mentha²³¹, um nur zwei Vertreter der einen Auffassung zu zitieren, auf dem Standpunkte stehen, dass schlechterdings alle Rechte durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden können und in diesem Sinne gar keine höchstpersönlichen Rechte bestehen, wird dies durch Egger und Gmür²³² bestritten.

Die Ueberlegungen, die uns veranlasst haben, weder auf die Seite derer zu treten, die eine unbeschränkte Wahrung der Rechte Handlungsunfähiger durch ihre gesetzlichen Vertreter anerkennen, noch auf die ihrer Opponenten, sind folgende:

Mit Recht behaupten zwar die Befürworter der Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung auch bei höchstpersönlichen Rechten, dass sonst eine Sphäre der Rechtslosigkeit für den Urteilsunfähigen entstehen würde, was ja gerade durch die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters vermieden werden sollte, zudem weise das Gesetz in keiner Art auf die Stellvertretungsfeindlichkeit eines solchen höchstpersönlichen Rechtes hin. Dem ersten dieser beiden Argumente ist nun aber entgegenzuhalten, dass ein Nichtausübenkönnen gewisser Rechte nicht unbedingt eine Benachteiligung des Urteilsunfähigen bedeutet, sondern im Gegenteil ein Schutz sein kann, nämlich ein Schutz vor der Einnischung Dritter in die allerpersönlichste Sphäre, in der Werte eine Rolle spielen können, die von anderen nicht abzuschätzen sind. Wie soll ein Dritter Interessen wahren können, die zu beurteilen ausser dem Betroffenen niemand imstande ist? So ist es z. B. undenkbar, den Vormund für das Mündel entscheiden zu lassen, ob er eine Genugtuungsklage aus Verlöbnißbruch erheben will, denn diese Genugtuung wird gewährt für eine psychische Verletzung. Ob diese vorliegt und speziell ob der andere Verlobte daraus belangt werden soll, kann nur der Verletzte selbst entscheiden. Das gleiche kann unter Umständen gelten für die Einreichung einer

230 Vgl. S. 93.

231 Rossel et Mentha, S. 251, ZBJV 66/514, Leuch, Art. 35, N. 5.

232 Egger, Komm. zu ZGB Art. 19, N. 10, Gmür, Vorbem. zum 4. Titel des ZGB, N. 15a.

Scheidungsklage²³³. Es liesse sich das Beispiel eines Geisteskranken anführen, der in einer Zeit geschieden wird, in welchem seine Krankheit unheilbar erscheint, der aber einige Zeit später, dank einer neuen Therapie, seine Urteilsfähigkeit wiedergewinnt. Dieser sieht sich nun vor die Tatsache gestellt, dass er geschieden wurde und zwar aus einem Grunde, der ihn selbst nicht zur Einreichung einer Scheidungsklage veranlasst hätte. Die Rücksicht auf das Individuum verpflichtet zu einer weitgehenden Zurückhaltung.

Ausserdem wurde auch die möglichst lückenlose Ausübung der Rechte durch das Gesetz nur unter dem Gesichtspunkt einer umfassenden Interessenwahrung angestrebt, wobei aber zu bedenken ist, dass umfassende «Interessenwahrung» und «Lückenlose Ausübung der Rechte» durchaus nicht zusammen zu fallen braucht²³⁴. Die Feststellung, dass das Gesetz eine Stellvertretungsfeindlichkeit von Rechten nicht vorsehe, schliesst die Unvertretbarkeit gewisser Rechte nicht aus, wenn das Interesse des Rechtsträgers dies verlangt, oder es sich aus deren Natur ergibt.

Aber auch die gegenteilige Auffassung vermag nicht zu befriedigen. Weshalb soll beispielsweise ein hochgradiger Debiler zeit seines Lebens die Ehe mit einem Partner aufrecht erhalten müssen, der es auf eine finanzielle Ausbeutung des Kranken abgesehen hat, im übrigen aber auf seine ehelichen Pflichten keine, oder nicht die nötige Rücksicht nimmt? Dies kann für die Angehörigen des Kranken eine erhebliche Belastung bedeuten, sowohl finanziell, wenn sie z. B. Erben sind, als auch im Hinblick auf ihren Namen und ihr Ansehen.

Die Lösung liegt wohl darin, dass die Ausübung höchstpersönlicher Rechte dem gesetzlichen Vertreter weder generell gestattet noch untersagt wird, sondern vielmehr ein Entscheid von Fall zu Fall getroffen wird. Massgebend ist dabei eine möglichst umfassende Interessenwahrung des Mündel unter gebührender Berücksichtigung der Interessen Dritter.

Das Problem der Ausübung höchstpersönlicher Rechte im Prozess ist bedeutend weniger schwierig, wenn nicht unkontrollierbare

²³³ Befürworter der unbeschränkten Wahrnehmbarkeit aller Persönlichkeitsrechte: Rossel et Mentha, S. 251, SJZ 28/137, Kaufmann, a. a. O. Art. 407, N. 10, Blätter 11/69, ZBJV 66/514 ff., Reich, S. 76, A. A. Egger, Komm. zu ZGB Art. 19, N. 10, Gmür, Vorbem. zum 4. Titel des ZGB, 15 a.

²³⁴ Vgl. den Aufsatz von E. Wolf in ZSR 51/83 ff.

seelische Beziehungen zwischen dem Mündel und der Gegenpartei zu berücksichtigen sind, wie dies meist in familienrechtlichen Prozessen der Fall ist. Dann verschwindet ein gewichtiger Grund zur Ablehnung des Vormundes als Vertreter in der Sphäre der höchstpersönlichen Rechte. Auf Grund dieser Ueberlegungen kann der Vormund z. B. einem Dritten Einblick in die Geheimsphäre des urteilsunfähigen Mündels gestatten, obwohl grundsätzlich nur der durch das Gesetz an der Geheimsphäre Berechtigte darauf verzichten kann²³⁵. Zu erwähnen wäre hier der im Zusammenhang mit einem Prozess am ehesten eintretende Fall der Entbindung vom ärztlichen Geheimnis durch den gesetzlichen Vertreter oder der Vorlegung von Briefen, die in die Geheimsphäre des Mündels gehören. Liegt dieses Vorgehen im Interesse des Mündels, so ist dagegen nicht nur nichts einzuwenden, sondern es ist geradezu eine Pflicht des Vormundes²³⁶. Dies sind Fälle der Ausübung höchstpersönlicher Rechte durch Dritte, die kein Bedenken erregen.

Von dieser Frage wohl zu unterscheiden ist die Klage wegen Verletzungen von Persönlichkeitsrechten, wie etwa der körperlichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Integrität des Mündels. Es handelt sich hier um die Klage aus einer Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes und nicht um eine eigentliche Ausübung eines solchen. Liegt eine Verletzung vor, was zu entscheiden Sache des Gerichtes ist, so fällt es in den Aufgabekreis des Vormundes, einzugreifen. Könnte der gesetzliche Vertreter hier nicht einschreiten, wäre das Mündel solchen Angriffen schutzlos preisgegeben²³⁷.

II. Umfang der Vollmacht von Beistand und Beirat

Der Mitwirkungsbeirat nimmt dank seiner Mitwirkungsbefugnis, die keine eigentliche Vertretungsmacht ist, eine spezielle Stellung ein und soll deshalb vorausgehend behandelt werden. Die Mitwirkung des Beirates nach ZGB 395 ist bei der Prozessführung des Verbeirateten schlechthin nicht etwa nur für gewisse Handlungen vorgesehen. Was den Kreis der Prozesse betrifft, so ist seine Mitwirkung nicht in jedem Fall nötig. Befreit davon sind:

235 ZSR n. F. 43/273, Specker, S. 153.

236 Schweiz. Zeitschrift für Unfallkunde, F. Fleiner, 1925, N. 10.

237 Man kann sich fragen, ob sich nicht auch bei Urteilsfähigkeit des Mündels eine solche Interessenwahrung durch den Vormund subsidiär rechtfertigen liesse zur Abwendung von Schaden.

1. Alle Prozesse, die der Bevormundete selbst führen kann.
2. Prozesse ohne vermögensrechtlichen Charakter, da die Beiratschaft nur vermögensrechtliche, nicht aber persönliche Fürsorge ist ²³⁸.

Verbeirateter und Beirat können entweder jede Prozesshandlung gemeinsam vornehmen oder einer kann den anderen zur Prozessführung ermächtigen. Diese Bevollmächtigung von seiten des Verbeirateten bedarf deshalb einer näheren Begründung, weil der Verbeiratete zur Prozessführung (zu der auch eine Bevollmächtigung gehört) ²³⁹, der Mitwirkung des Beirates bedarf.

Einem beliebigen Dritten könnte der Verbeiratete infolge seiner mangelhaften Handlungsfähigkeit keine Vollmacht erteilen. Dass aber seine Handlungsfähigkeit zur Bevollmächtigung eines Dritten nicht ausreicht, schliesst nicht aus, dass er den Beirat bevollmächtigen kann; denn in dem Umfange, indem seine Handlungsfähigkeit zur wirksamen Bevollmächtigung eines Dritten nicht ausreicht, ist der Beirat zur Prozessführung kraft seiner Stellung bereits ermächtigt. Der Beirat als Prozessbevollmächtigter des Verbeirateten nimmt deshalb eine eigenartige Zwitterstellung ein, indem sich seine Vertretungsmacht zusammensetzt aus seiner gesetzlichen Mitwirkungsbefugnis und der Ermächtigung durch den Verbeirateten ²⁴⁰.

Der Umfang seiner Prozessvollmacht richtet sich nach den Vorschriften von ZPO § 52 I und II. Denn der Teil seiner Vollmacht, der ihm erteilt werden muss durch den Verbeirateten und ihm erst ein selbständiges Handeln ermöglicht, wird ihm durch Rechtsgeschäft mit dem zu Vertretenden eingeräumt und beurteilt sich entsprechend der Vollmacht eines Klienten an seinen Anwalt.

Was den Fall betrifft, wo der Verbeiratete mit Zustimmung des Beirates den Prozess selbst zu führen befugt ist, so ist die Ähnlichkeit dieser Situation mit dem Verhältnis Vormund-Mündel nach Art. 410 nicht zu verkennen. Eine analoge Regelung ist dadurch gerechtfertigt ²⁴¹.

²³⁸ Schudel, S. 12, Egger, Komm. zu ZGB Art. 395, Blätter 28/161, Trüeb, S. 102.

²³⁹ Bejaht wird die Möglichkeit einer Bevollmächtigung durch Kaufmann, Aufsatz 2, S. 130, in SJZ 24/125 ff. Verneint durch Egger, Komm. zu ZGB Art. 395, N. 48.

²⁴⁰ Schudel ist deshalb nicht zuzustimmen, wonach in diesem Fall die Vertretungsmacht des Beirates nicht auf seiner Stellung, sondern auf der Vollmacht des Verbeirateten beruht.

²⁴¹ Schudel, S. 42.

Ob die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bei Prozessen nach ZGB 395, Ziff. 1, in analoger Anwendung von ZGB 421 notwendig ist, ist eine sehr unstrittene Frage. Das Bundesgericht hat bis jetzt noch nicht Gelegenheit gehabt, zu diesem Problem Stellung zu beziehen, was auf dessen eher untergeordnete praktische Bedeutung schliessen lässt²⁴².

Die Vertretungsmacht von Beistand und Beirat ist, wie die des Vormundes²⁴³, Voraussetzung zur Erfüllung ihrer Pflichten. Sie geht so weit wie die Aufgabe, die dem Vertretungsbeistand gestellt ist. Ob Beistand und Beirat dank dieser Vertretungsmacht im Rahmen ihrer Aufgabe ihren Schützling ohne weiteres vor Gericht vertreten können, ist damit so wenig sicher wie beim Vormund. Eine dahingehende gesetzliche Beschränkung ist durchaus denkbar, wie dies z. B. beim Vormund der Fall ist. Eine ausdrückliche Norm enthält das Gesetz bezüglich Beistand und Beirat freilich nicht. Es ist aber möglich, dass eine dem Vormundschaftsrecht analoge Regelung angezeigt erscheint.

Eine Beschränkung der umfassenden Vertretungsmacht des Vormundes ist überall dort zu erblicken, wo eine spezielle Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu seinen Handlungen gefordert wird. So ist laut ZGB 421, Ziff. 8, der Vormund nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Prozessführung ermächtigt und zwar ausnahmslos, auch für Passivprozesse. Diese Beschränkung steht teils im Interesse des Bevormundeten, teils aber auch im Interesse des Vormundes, indem dieser die Verantwortung für Handlungen von weitreichenden Konsequenzen nicht soll allein tragen müssen²⁴⁴. Die Gefahr, dass er sonst aus Scheu vor der Last der Verantwortung diese überhaupt nicht vornehmen würde, soll dadurch ausgeschaltet werden. Da die gleichen Ueberlegungen auch bezüglich des Verbeiständeten und Verbeirateten ihre Gültigkeit haben, indem die Verantwortlichkeit die gleiche ist wie die des Vormundes²⁴⁵, ist Art. 421, um den es sich in diesem Fall handelt, auch auf diese als analog anwendbar zu betrachten. Dafür spricht auch die systematische Stellung des Art. 421. Sie deutet darauf hin, dass er sowohl

242 Ueber die umfangreiche Literatur zu dieser Frage vgl. Egger, Komm. zu ZGB Art. 395, N. 49.

243 Pfander, S. 41, BGE 69 II 23, 58 II 394.

244 Pfander, S. 42.

245 Vgl. Erläuterungen I, S. 306, Art. 446 bis 447.

für die Vormundschaft als auch für die Beistandschaft Gültigkeit habe²⁴⁶, indem er nicht etwa auf die Umschreibung des Amtes des Vormundes folgt, sondern auf die des Beistandes und sich so ohne weiteres auf beide beziehen lässt. Freilich sieht Art. 367 II die Anwendung der Normen über die Vormundschaft auf die Beistandschaft nur für den Fall vor, dass keine spezielle Regelung im Beistandsrecht enthalten sei. Nun erwähnt zwar Art. 419 II die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu gewissen Handlungen des Beirates und des Beistandes²⁴⁷. Diese Regelung in Art. 419 II ist jedoch sehr allgemein gehalten. Eine Präzisierung drängt sich speziell in bezug auf folgenden Passus auf: «Verfügungen, die darüber hinaus gehen (gemeint ist über Verwaltung und Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens), darf er nur auf Grund besonderer Ermächtigung vornehmen...» Das Gesetz sagt damit klar, dass in Art. 419 I nicht jede Verwaltungshandlung oder Vorkehr zur Erhaltung des Vermögens verstanden sei, sondern vielmehr nur die, welche entweder gar keine Verfügung in sich schliessen, oder aber nur solche von bescheidener Tragweite. Für die Festsetzung dieser etwas vagen Grenzen kann man sich auf Art. 421 stützen²⁴⁸; denn ist nicht einmal der Vormund mit seiner viel umfassenderen Vertretungsmacht²⁴⁹ zur selbständigen Vornahme dieser Handlungen befugt, um wieviel weniger dann der Beirat.

In unserem Fall ist speziell die Anwendbarkeit von Ziff. 8 des Artikels 421 zu prüfen. Da Art. 419 II die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nur für Verfügungen vorbehält, ist Ziff. 8 nur insofern anzuwenden, als in den betreffenden Handlungen eine Verfügung liegt. Der Begriff der Verfügung ist in diesem Zusammenhang nicht zu eng zu fassen und vor allem ist darunter nicht nur die eigentliche, rechtliche Verfügung zu verstehen²⁵⁰. Es sind darin auch die Handlungen eingeschlossen, die nur eine tatsächliche Verfügung enthalten²⁵¹, oder aber verfügungsähnliche Wirkungen zeitigen²⁵². Ob

²⁴⁶ Pfander, S. 42.

²⁴⁷ ZGB Art. 419 bezieht sich sowohl auf den Beistand als auch auf den Beirat. Tuor, Das Schweizerische ZGB, S. 272, A. 2.

²⁴⁸ Pfander, S. 43, Egger, Komm. zu ZGB Art. 417, N. 10; Art. 419, N. 5; Kaufmann, Komm. zu ZGB Art. 419, N. 5.

²⁴⁹ ZGB Art. 367 I: «Der Vormund hat die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen... zu wahren...»

²⁵⁰ Vgl. Burckhardt, Einführungen, S. 23.

²⁵¹ Burckhardt, Einführungen, S. 84.

²⁵² Vgl. S. 104, 105.

und wann Prozesse solche Verfügungen in sich schliessen, lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall entscheiden. Trifft dies zu, so ist die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde notwendig und zwar nicht nur zur Prozessführung an sich, sondern speziell auch zum Abschluss eines Vergleiches, dem Klagerückzug, usw.

Ein Spezialfall ist denkbar mit Bezug auf den Vertretungsbeistand. Ist er nämlich eigens im Hinblick auf einen Prozess ernannt worden, so ist darin die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Prozessführung eingeschlossen. Diese bezieht sich aber nur auf die Prozessführung an sich, nicht auch auf die qualifizierten Handlungen im Zusammenhang mit einem Prozess, wie etwa den Klagerückzug usw. So ist der Beistand nach ZGB 311, auch wenn er durch den Ermächtigungsbeschluss zur Prozessführung bevollmächtigt ist (was der Ermächtigungsbeschluss nicht schon an sich tut), zum Abschluss eines Vergleiches nicht berechtigt ²⁵³.

Die Grenzen der Beistandschaft fallen also deshalb nicht zusammen mit denen der Vormundschaft, weil die Beistandschaft keinen Einfluss ausübt auf die Handlungsfähigkeit. Neben dem Beistand bleibt der Verbeiständete handlungs- und damit prozessfähig. Durch die Verbeiständung wird ihm kein Recht geschmälert, sondern er wird nur unterstützt, soweit seine Hilfsbedürftigkeit geht. Gerade weil die Handlungsfähigkeit durch die Beistandsbestellung nicht angetastet wird, kann sie für alle Prozesse angeordnet werden, vorausgesetzt, dass die gesetzlichen Erfordernisse für die Beistandsbestellung überhaupt erfüllt sind. Der zu Verbeiständende darf weder in der Lage sein, selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bestellen. Dies im Gegensatz zu dem im Prozessgesetz § 34 erwähnten Beistand. Betrachten wir das Verhältnis von ZGB 392, Ziff. 1, und ZPO § 34 etwas genauer.

Ist die Unfähigkeit, eine Sache vor Gericht zu vertreten (abgesehen von Abwesenheit und Krankheit), Ausdruck einer allgemeinen Unfähigkeit zur Besorgung einer Angelegenheit, weil es sich z. B. erweist, dass die betreffende Prozesspartei nicht handlungsfähig ist, so kann der Betreffende sich auch nicht selbst einen Beistand nach ZPO § 34 bestellen, da er als Handlungsunfähiger keine verbindlichen Rechtshandlungen vornehmen kann. Zum andern vermag ein Beistand nach ZPO § 34 die Handlungsunfähigkeit nicht zu ersetzen,

²⁵³ Vgl. S. 49.

weshalb gegebenenfalls auch eine solche Beistandsbestellung durch das Gericht nicht genügt. Sind die Schwierigkeiten aber äusserlicher Natur, hat z. B. die Partei einfach gewisse Hemmungen vor Gericht, oder mangelt es ihr an einer wenn auch minimalen Gesetzeskenntnis, oder der Fähigkeit zu einer eindeutigen Formulierung, ohne dass die Voraussetzungen zu einer Beistandsbestellung nach ZGB gegeben wären, so leistet § 34 gute Dienste²⁵⁴. Sind die Voraussetzungen von ZPO § 34 erfüllt, kann jede Partei und jeder Vertreter angehalten werden, sich eines solchen nicht vormundschaftlichen Beistandes zu bedienen.

III. Umfang der Vollmacht des Ehemannes nach ZGB Art. 168 und 202

Es ist auch in bezug auf den Ehemann festzustellen, zu welchen Prozessen er legitimiert ist und ob er dazu, sowie auch für gewisse Prozesshandlungen, die Zustimmung der Ehefrau benötige. Zustimmungsbedürftig sind nach ZGB Art. 202 alle jene Prozesse, die eine Verfügung in sich schliessen, die über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehen.

Ist nun die Prozessführung überhaupt eine Verfügung?

Man kann unterscheiden zwischen Verfügungen im engeren Sinn und Verfügungen im weiteren Sinn, wobei unter ersteren die Rechtshandlungen zu verstehen sind, die unmittelbar im Bestand des Rechtes selbst Veränderungen nach sich ziehen, unter denen im weiteren Sinn hingegen obligatorische Rechtsgeschäfte, durch welche eine Verpflichtung eingegangen wird²⁵⁵. Stellen wir uns vor, der Ehemann erhebe Klage gegen einen Dritten und beanspruche darin gewisse Teile von dessen Vermögen als zum Frauengut gehörend. Nun liegt in der Prozessführung durch den Ehemann keine eigentliche Verfügung, weder im engeren noch im weiteren Sinn. Durch

²⁵⁴ Leistet die Partei der Aufforderung, einen Beistand zuzuziehen, keine Folge, so ist sie nicht in Ordnungsbusse zu verfallen, sondern es wird ihr Entscheidung nach Aktenlage angedroht. Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 34, N. 2. Im deutschen Recht wird dies als Mangel der Verhandlungsfähigkeit bezeichnet. Vgl. darüber Englisch «Prozessfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit» in der Festgabe für Rosenberg, München 1949, S. 100 ff.

²⁵⁵ Egger, Komm. zu ZGB Art. 202, N. 3, Art. 217, N. 1 ff.
Burckhardt, Einführungen, S. 84, unterscheidet zwischen rechtlichen und tatsächlichen Verfügungen.
Seifert, S. 35.

die eingereichte Klage wird nur der Entscheid über den Bestand eines Teils des eingebrachten Gutes in die Hand des Richters gelegt. Objektiv gesehen liegt darin noch keine Verfügung. Der Partei mag es freilich als solche erscheinen, da sie den vindizierten Teil schon als zu ihrem Eigentum gehörend betrachtet. Hingegen kommt dann eine Prozessführung einer Verfügung viel näher, wenn man annimmt, das eingebrachte Gut werde für eine Schadenersatzforderung gegen die Ehefrau in Anspruch genommen. In diesem Fall hat das Urteil bei Gutheissung der Klage eine der Verfügung entsprechende Wirkung²⁵⁶. Nur liegt eben diese Verfügung in den Händen des Richters und geschieht nicht nach seinem Belieben, sondern in Anwendung von Rechtsnormen. In der Prozessführung kann also sehr wohl eine Verfügung enthalten sein. Es ist aber zu beachten, dass es in diesen Fällen nicht der Ehemann ist, der verfügt.

Ein ganz anderer Fall liegt vor, wenn der Gatte im Laufe solcher Prozesse die Klage anerkennen oder Vergleiche schliessen will. Darin kann eine getarnte Schenkung oder eine andere Verfügung liegen. Nur in diesen Fällen ist es gerechtfertigt und sinnvoll, die Zustimmung der Frau zu verlangen und auch dann lediglich unter der Voraussetzung, dass diese Verfügung über die gewöhnliche Verwaltung hinausgeht. Wann dies der Fall ist, kann nicht allgemein gesagt werden, sondern hängt von den Verhältnissen der Ehegatten ab.

Bei aller Anerkennung der Ansicht, der Ehemann sei bezüglich der Fragen des eingebrachten Gutes als weitgehend ungebunden zu betrachten, scheint doch die Argumentation, die eine solche Verfügung durch den Ehemann selbst ausschliesst, stichhaltiger. Die beiden Hauptgründe, die Seifert²⁵⁷ zu Gunsten der völligen Freiheit des Ehemannes über Klageanerkennung, Verzicht usw. erwähnt, sind:

1. Der Mann kann nur dann als Verwalter den Bestand des eingebrachten Gutes wirksam wahren, wenn ihm völlig freie Hand gelassen wird.

2. Der Ehemann haftet seiner Gattin gegenüber aus ZGB Art. 201 I. Seifert führt dann als Beispiel die Entschlussfassung über den Klagerückzug an. Der Ehemann solle, wenn er finde, ein Klagerückzug erspare Kosten, nicht der Zustimmung der Frau bedürfen. Aber warum nicht? Die Frau ist an der Erhaltung ihres eingebrachten

²⁵⁶ Der Gedanke der nahen Verbundenheit von Prozessführung und Verfügung taucht auch bei Seifert, S. 35, auf.

²⁵⁷ Seifert, S. 39.

Gutes ebenfalls sehr interessiert, so dass sie, falls die Gründe zum Klagerückzug einleuchtend sind, ihre Zustimmung nicht verweigern wird. Warum sollte dieser Entschluss in das alleinige Ermessen des Ehegatten gestellt bleiben? Es berührt doch wohl etwas eigenartig, wenn einerseits dem Gatten infolge seines Nutzungs- und Verwaltungsrechtes die Führung des Prozesses um das eingebrachte Gut überlassen wird, andererseits die Frau als Eigentümerin nicht einmal ein Mitspracherecht haben sollte, wenn es gilt, eine Verfügung im engeren Sinne darüber zu treffen. Das zweite Argument, das Seifert anführt, der Ehemann hafte nämlich der Ehefrau aus Art. 201 I, vermag mit seiner Ansicht nicht zu versöhnen; denn praktisch ist dieser Schutz nicht allzu hoch zu bewerten, da der Nachweis einer schuldhaften Wertminderung oder eines verschuldeten Unterganges der Sache²⁵⁸ unter diesen Umständen nur schwer zu erbringen ist. Gänzlich illusorisch ist aber diese Bestimmung, wenn der Ehemann gar keinen Ersatz zu leisten vermag.

IV. Umfang der Prozessvollmacht des Prokuristen

Der Kreis der Prozesse, zu deren Führung der Prokurist berechtigt ist, bestimmt sich nach dem Geschäftsbetrieb. Er umfasst alle die, die ein solches Geschäft mit sich bringen kann. Die Prokura ist eine Vollmacht, deren Inhalt durch das Gesetz bestimmt ist. Ueberflüssig ist in diesem Fall die Unterscheidung zwischen dem Prokuristen als Organ und als gewillkürtem Vertreter. Beide Erscheinungsformen des Prokuristen unterscheiden sich nicht durch den Umfang ihrer Vollmacht. Im Gegenteil, dieser ist es gerade, der beim Prokuristen als Organ und gewillkürtem Vertreter gleich umschrieben ist; denn von der Bezeichnung des Umfangs der Vollmacht, der Prokura, erhalten beide ihren Namen. Dass in der Vollmacht des Prokuristen auch die zur Prozessführung enthalten ist, wurde bereits erwähnt (vgl. S. 43 ff.).

Die Stellung des Prokuristen bringt es mit sich, dass er keiner speziellen Vollmacht bedarf, da er nur so das gewollte und nötige «alter ego» des Geschäftsherrn sein kann²⁵⁹. Anderer Ansicht scheint Egger zu sein²⁶⁰. Er vertritt die Meinung, es sollte auch u. a. die

258 ZGB Art. 752 I.

259 Becker, Komm. zu OR Art. 459, N. 1, Oser-Schönenberger, Komm. zu OR Art. 459, N. 3.

260 Egger, Komm. zum Fam.R. Art. 396, N. 7.

Vollmacht des Prokuristen präsumptiv als auf die Weise von OR 396 III umschrieben betrachtet werden, obwohl sich Art. 396 eigentlich nur auf Ermächtigungen, denen ein Auftrag zu Grunde liege, beziehe. Ob damit freilich der Prokurist dem Bedürfnis einer umfassenden Vertretung des Geschäftsherrn noch entspricht, ist zweifelhaft.

V. Umfang der Prozessvollmacht aus Dienstvertrag und Auftrag

(Soweit hier nicht kantonales und Bundesprozessrecht anzuwenden ist.)

Zwar enthält der Dienstvertrag keine dem Auftrag entsprechende Regelung bezüglich der Vollmacht²⁶¹, die mit diesem Vertrag verbunden ist. Es ist aber auch hier davon auszugehen, und wird auch im praktischen Leben so gehandhabt, dass in diesen Fällen die Vollmacht soweit als stillschweigend erteilt gilt, als sie zum Abschluss von Rechtsgeschäften, die in Erfüllung des Vertrages vorgenommen werden müssen, nötig ist. Sonst wären diese Verträge nur teilweise oder überhaupt nicht erfüllbar. Hier ist dem Vorschlag Eggers Rechnung zu tragen, die Vollmacht auf die Handlungen zu beschränken, welche auch ein Beauftragter nach OR 369 ohne Spezialvollmacht vornehmen dürfte, so dass auch der durch Dienstvertrag Verpflichtete zur Prozessanhebung nicht berechtigt ist. Eine Prozessführung auf der Passivseite, die allein ohne Spezialerlaubnis möglich ist, steht ihm zwar zu, wird aber nicht sehr oft vorkommen.

VI. Umfang der Vollmacht des zur Vertretung berufenen Organes der juristischen Person, sowie der gesetzlichen Vertreter, die zur Vertretung der nach Privatrecht parteifähigen Gebilde²⁶² legitimiert sind

Sie sind zur Führung aller Prozesse, die mit dem Geschäft in Beziehung stehen können und innerhalb dieser Prozesse zu allen Prozesshandlungen berechtigt. Es liegt in der Natur der Organvollmacht begründet, dass sie unter Vorbehalt der gesetzlich vor-

²⁶¹ OR Art. 396.

²⁶² Die Gebilde, die nach Privatrecht die Parteifähigkeit besitzen, haben im Prozess die Stellung einer juristischen Person. Die Vollmacht ihrer Vertreter entspricht der von Organen. Siegwart, Komm. zu OR Art. 562, N. 6.

gesehenen Beschränkungen allumfassend und durch Parteiwillen unbeschränkbar ist. Da juristische Personen nur durch ihre Organe handeln können, käme eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis einem Entzug bzw. Verzicht auf die Handlungsfähigkeit gleich, was eine partielle Handlungsunfähigkeit der juristischen Person zur Folge hätte ²⁶³. Unter diesem Gesichtspunkt ist deshalb von der Lückenlosigkeit der Prozessvollmacht der Organe auszugehen ^{264/265}.

Die Organe brauchen, wie auch die anderen unter diesem Titel erwähnten gesetzlichen Vertreter, keinerlei Spezialvollmacht. Vgl.:

AG	OR 718
Kommandit-AG	OR 765—764—718
Genossenschaft	OR 899
GmbH	OR 814—718
Verein	ZGB 69
Stiftung ²⁶⁶	ZGB 83, 84
Kollektiv- und Kommandit-Gesellschaft . .	OR 564, 603
Verwaltung der AG	OR 706
Verwaltung der Genossenschaft	OR 891
GmbH	OR 808 V.

VII. Umfang der Prozessvollmacht der gesetzlichen Vertreter von Sondervermögen

1. Konkursmasse.

Für die Festlegung des Umfanges einer Prozessvollmacht der Konkursverwaltung finden wir eine Bestimmung in SchKG 237, Ziff. 3. Auch hier sind, wie bei der Vormundschaft ZGB 421, Ziff. 8, neben der eigentlichen Prozessführung noch Handlungen erwähnt, die nur mit spezieller Ermächtigung vorgenommen werden dürfen. Die Aufzählung ist hier so wenig erschöpfend wie beim Vormund oder in ZPO § 52 II. Es kann dafür auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. S. 71 ff).

2. Liquidationsmasse.

Soweit Gesellschaften bei ihrer Auflösung in ein Liquidationsstadium treten, sind die Liquidatoren zur Prozessführung, zum Abschluss

²⁶³ Pinösch, S. 42.

²⁶⁴ Burckhardt, Organisation, S. 300, 2. Aufl.

²⁶⁵ A. A. Oser-Schönenberger, Komm. zu OR Art. 396, N. 7.

²⁶⁶ Vgl. für die Vertretung der Stiftung: Hürlimann, S. 98 ff.

von Vergleichen und Schiedsverträgen innerhalb ihres Aufgabenkreises zuständig ²⁶⁷. Sie stehen bezüglich der Disposition über das einstige Vermögen, das jetzt Liquidationsmasse ist, an Stelle der Verwaltung.

3. Nachlass.

Bei einer Erbschaft, die durch einen Erbschaftsverwalter nach ZGB Art. 593 amtlich liquidiert wird, stehen die Verwaltung und die damit verbundenen nötigen Verfügungen wie auch die Vertretung dem amtlichen Erbschaftsverwalter zu ²⁶⁸. Daraus ergibt sich, dass er Prozesse führen darf, die sich aus seiner Aufgabe ergeben, in deren Verlauf er Forderungen anerkennen oder unter Umständen Vergleiche schliessen kann ²⁶⁹.

VIII. Umfang der Prozessvollmacht des Willensvollstreckers, des amtlichen Erbschaftsverwalters nach ZGB Art. 554 und des Erbenvertreters nach Art. 602

Die Träger dieser Aufgaben haben u. a. den Berührungspunkt, dass sie die Erbschaft zu sichern und zu erhalten haben ²⁷⁰. Dies ermöglicht ihre gemeinsame Behandlung. Erweist sich im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit eine Prozessführung als notwendig, so sind sie dazu berechtigt ²⁷¹, wie sie überhaupt jede Handlung vornehmen können, die in den Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit gehört.

IX. Umfang der Prozessvollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters der einfachen Gesellschaft

Der geschäftsführende Gesellschafter, der gemäss OR Art. 535 und 543 III zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt ist, muss, wie wir auf Seite 46 festgestellt haben, jedenfalls zur Prozessführung speziell ermächtigt sein. Es kann deshalb nicht von einem Kreis von Prozessen gesprochen werden, die der Gesellschafter zu führen befugt wäre. Dies bestimmen die Gesellschafter von Fall zu Fall.

²⁶⁷ Lorenz, S. 18. BGE 65 II 6. OR Art. 585, Abs. II.

²⁶⁸ Escher, Komm. zu ZGB Art. 596, N. 8.

²⁶⁹ Escher, a. a. O. Art. 596, N. 4; vgl. ZPO § 49 III.

²⁷⁰ Escher, Komm. zu ZGB Art. 602, N. 78, Blätter 28/59, S. 117.

²⁷¹ Escher, a. a. O. Art. 554, N. 16.

Dass das Recht zum Abschluss von Vergleichen, Klageanerkennung, Verzicht usw. in diesem Prozessführungsrecht des Gesellschafters nicht enthalten ist, ergibt sich aus der Tatsache, dass sich die Geschäftsführung der Gesellschafter gemäss OR 540 I nach Auftragsrecht beurteilt. Es braucht daher zu den in OR Art. 396 III vorgesehenen Geschäften Spezialvollmacht²⁷². Gleich ist der Fall gelagert, wenn die Geschäftsführung durch Vertrag oder Beschluss einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist.

Ist der so Bevollmächtigte ein Dritter, so unterliegt auch der Umfang seiner Vollmacht, in Anbetracht des Grundverhältnisses, dem Art. 396 III. Diese Regelung gilt nur vorbehältlich abweichender anderer Abmachungen. Es wäre stossend, ginge die Vollmacht des Dritten weiter als die eines Gesellschafters, und es ist nicht zu vermuten, die Gesellschafter hätten einem Dritten weitere Befugnisse einräumen wollen, als sie es einem der ihren gegenüber tun. Deshalb braucht auch der Generalbevollmächtigte, wenn nichts anderes vorgesehen ist, in den Fällen von OR Art. 396 III zur Prozessführung eine Spezialvollmacht.

X. Umfang der Vollmacht des Abtretungsgläubigers nach SchKG 260

Die Abtretungsgläubiger führen den Prozess ganz auf eigene Kosten und Gefahr. Es steht ihnen frei, falls eine Frist zur Geltendmachung des Anspruches festgesetzt ist, diese Frist unbenützt verstreichen zu lassen; denn die Abtretung der Forderung hat nur die Wirkung einer Bevollmächtigung, nicht aber die eines Auftrages. Die Gläubiger disponieren in jeder Beziehung frei über den Anspruch. Aus dieser völligen Ungebundenheit ergibt sich ihr Recht, eine Klage zurückzuziehen, einen Vergleich abzuschliessen usw. Ihre Prozessvollmacht ist in jeder Beziehung eine umfassende.

§ 19. Der Mangel der Vollmacht

Es erübrigt sich, in diesem Kapitel die Vollmacht des gesetzlichen und des gewillkürten Vertreters zu unterscheiden, da sich deren Mangel in beiden Fällen (nämlich als fehlende Vertretungsmacht) gleich auswirken.

²⁷² Becker, Komm. zu OR Art. 535, N. 6.

Eine gültige Vertretungsmacht hat eine gültige Bevollmächtigung zur Voraussetzung und diese kann, wenn sie nicht mündlich zu Gerichtsprotokoll erklärt ist, nur durch eine vollständige Vollmachtsurkunde bewiesen werden²⁷³. Daher bewirkt jeder Mangel in der Vollmachtsurkunde die Unbeweisbarkeit der Vertretungsmacht, was soviel heisst, als dass das Gericht sie nicht anerkennt. Von der Art des Mangels hängt also grundsätzlich nichts ab²⁷⁴. Unerheblich im Verhältnis zu Gericht und Gegenpartei ist hingegen ein Mangel der Vertretungsbefugnis²⁷⁵. Dieser hat rein interne Folgen zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer.

Von einem Mangel der Vollmacht spricht man, wenn²⁷⁶:

1. die Vollmacht überhaupt nicht erteilt wurde,
2. die Substitutionsvollmacht ohne entsprechende Hauptvollmacht erteilt wurde,
3. die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt werden kann,
4. eine Handlung von der Vollmacht nicht erfasst wird,
5. die Vollmacht bereits erloschen ist.

Ist die Handlung eines Vertreters mit einem dieser Mängel behaftet, so ist die Handlung mangelhaft und zeitigt nicht ohne weiteres die beabsichtigten Wirkungen. Denn um im Prozess wirksam als Vertreter mit direkten Wirkungen für den Vertretenen handeln zu können, bedarf es u. a., wie im materiellen Recht, der Vertretungsmacht.

Weist die Vollmacht einen solchen Mangel auf, so ist die Unterscheidung wichtig, ob er schon bei Klageerhebung bestand oder aber sich nur auf die Prozessführung oder einzelne Prozesshandlungen nach erfolgter gültiger Klageerhebung bezieht. Diese beiden Möglichkeiten sind gesondert zu betrachten²⁷⁷, wobei im erstgenannten Falle auch der Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels eine Rolle spielt.

Des weitern ist zu beachten, dass die Rüge der fehlerhaften Vollmacht grundsätzlich in zwei Richtungen Konsequenzen nach sich zieht: Einmal in bezug auf die Weiterbehandlung der Klage, auf die

273 ZPO § 50.

274 Hellwig, System I, S. 205, Wach, Handbuch, S. 593.

275 Für die Begriffe der Vertretungsbefugnis und der Vertretungsmacht vgl. S. 139.

276 Stein-Jonas-Schönke, Komm. zur deutschen ZPO § 88 I.

277 Rosenberg, Lehrbuch, S. 378 a. E.

weitere Fortführung des Verfahrens, dann aber auch in bezug auf die Deckung der Kosten, die durch die Handlungen des vollmachtlosen Vertreters entstanden sind.

I. Der Mangel der Vollmacht besteht schon bei Klageerhebung

1. Einfluss auf das Verfahren.

a) Feststellung des Mangels durch das Gericht.

A. Bei Einleitung der Klage.

Der gehörige Nachweis der Bevollmächtigung des Vertreters ist bei einer durch diesen vorgenommenen Klageerhebung Voraussetzung für ihre Wirksamkeit; denn Prozesshandlungen, zu denen auch die Klageerhebung gehört, können nur durch bevollmächtigte Vertreter gültig vorgenommen werden. Die Vollmacht ist dadurch gekennzeichnet als Prozesshandlungsvoraussetzung. Sie ist also nicht selbst Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sachurteils, wie etwa die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes²⁷⁸, und damit nicht eigentliche Prozessvoraussetzung²⁷⁹. Hingegen ist die wirksam erhobene Klage als solche zu betrachten, denn ein Sachurteil kann wohl bloss in einem hängigen Prozess ergehen. Da die wirksame Klageerhebung, die die Rechtshängigkeit der Klage nach sich zieht, nur durch einen bevollmächtigten Vertreter möglich ist, so ist die «gehörige Vollmacht» sozusagen eine indirekte Prozessvoraussetzung und steht den eigentlichen Prozessvoraussetzungen doch zumindest in dieser Hinsicht sehr nahe. Dies verleiht ihr im Moment der Klageerhebung eine gesteigerte Bedeutung, worin wohl auch die Begründung liegt, weshalb sie oft in Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen genannt wird (vgl. ZPO § 129). Der Richter prüft nun von Amtes wegen nach ZPO § 129 bei Anhebung eines Prozesses die Prozessvoraussetzungen. Die Prüfung dieser Punkte steht nicht in seinem Belieben, sondern ist jedesmal vorzunehmen.

Zu diesen Punkten gehört, aus den erwähnten Ueberlegungen, auch die Prüfung der Vollmacht, obwohl sie also nicht Prozessvoraussetzung ist. Die Kontrolle ihrer Fehlerlosigkeit ist durch das Vorliegen in schriftlicher Form rasch und zuverlässig möglich²⁸⁰.

²⁷⁸ Guldener, S. 147.

²⁷⁹ Anderer Ansicht scheint Bülow zu sein. Vgl. Prozesseinreden, S. 75.

²⁸⁰ Die Vollmacht kann auch mündlich von der Partei zu Gerichtsprotokoll erklärt werden. Unter diesen Umständen fällt die Unbeweisbarkeit einer angeblich erteilten Vollmacht wie auch weitere Fehlerquellen der Natur der Sache nach weg.

Stellt der Richter bei dieser Prüfung das Fehlen der Vollmachtsurkunde gleich bei Erhebung der Klage fest, oder ergibt sich aus ihr, dass die Bevollmächtigung an irgend einem Mangel leidet, so hat er in diesem Fall laut Gesetz «sofort das Nötige vorzukehren», d. h. er hat Anordnungen zu treffen, die geeignet sind, die Vollmacht in Ordnung zu bringen. Dies wird meist in einer Fristansetzung zur Verbesserung des Mangels bestehen. Ein solches Vorgehen kommt nur in Frage bei Mängeln, die ihrer Natur nach heilbar sind. Der Richter darf daher bei Fehlen der Vollmacht die Klage nicht kurzweg von der Hand weisen, sondern hat vorerst Frist zur Verbesserung oder Beibringung der Vollmacht, evtl. Genehmigung anzusetzen²⁸¹. Nie aber darf ein die Instanz abschliessendes Urteil oder Zwischenurteil ergehen, solange ein Zweifel über die Genehmigung der ohne gehörige Vollmacht vorgenommenen Prozesshandlungen besteht, da sonst eine Partei je nach Prozessausgang eine Handlung genehmigen könnte oder nicht²⁸². Wird der bei Einleitung des Verfahrens festgestellte Mangel nach Fristansetzung nicht behoben, so ist die Klageerhebung unwirksam, da sie sich auf eine definitiv mangelhafte Parteihandlung stützt. Das Gericht darf, wie bei jeder anderen mangelhaften Prozesshandlung der Partei, diese nicht einfach als nicht geschehen betrachten. Die Klage ist vielmehr durch den Erlass eines Prozessurteils zurückzuweisen²⁸³.

Dem Ermessen des Richters ist es überlassen, ob er einem vollmachtlosen Vertreter vorläufig gestatten will, die Klage zu begründen oder zu beantworten und ihm Frist anzusetzen für die Nachbringung der Vollmacht²⁸⁴. Diese vorläufige Zulassung geschieht aber auf Gefahr und Verantwortung des Vertreters²⁸⁵. Ist die Frist für die Beibringung einer Genehmigung oder der Nachbringung einer Vollmacht unbenützt verstrichen und wurde die Partei davon unterrichtet, so ergeht, falls es den Beklagten betrifft, ein Versäumnisurteil. Handelt es sich um den Kläger, so wird die Klage als nicht gehörig erhoben von der Hand gewiesen.

281 ZPO § 54.

282 Wach, Handbuch, S. 596, Hellwig, System II, S. 342, Stein-Jonas-Schönke, § 89 II, Höpfner, S. 93 ff.

283 Guldener, I, S. 191, Höpfner, S. 17.

284 Wach, Handbuch, I, S. 595, Höpfner, S. 79.

285 Das Gericht kann die Zulassung von einer Sicherheitsleistung des Vertreters abhängig machen. Höpfner, S. 80.

B. Nach eingeleiteter Klage.

Entgeht dem Richter bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen der Mangel der Vollmacht, oder hat er diese gar nicht vorgenommen, so erlischt die Möglichkeit der Geltendmachung des Mangels auch bei einer späteren Entdeckung nicht, sondern kann gemäss ZPO § 50 in jedem Stadium des Verfahrens nachgeholt werden. Werden die bereits vorgenommenen Prozesshandlungen nicht genehmigt und erhält der Vertreter auch nachträglich keine Vollmacht, so ist der Prozess ungültig.

Tritt der Mangel erst nach der Urteilsfällung, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu Tage, so kann das Urteil angefochten werden durch Berufung. Hingegen wächst auch ein mit Mängeln behaftetes Urteil nach Ablauf der Frist für ausserordentliche Rechtsmittel ²⁸⁶ in Rechtskraft ²⁸⁷.

b) Rüge des Mangels durch eine Partei.

Auch eine Partei kann auf das Fehlen einer Prozessvollmacht hinweisen. Das Gesetz enthält über die Rüge der Vollmacht durch die Parteien keine ausdrücklichen Bestimmungen. Ganz allgemein gewährt die ZPO den Parteien die Möglichkeit sogenannter Prozesseinreden, wenn sie Tatbestände geltend machen wollen, die von prozessualer Bedeutung sind ²⁸⁸. Dass im Gesetz nirgends die Einrede mangels gehöriger Vollmacht erwähnt ist, ist nicht von Bedeutung, weil das Gesetz die Prozesseinreden nicht abschliessend aufzählt. Es bestimmt nur den Zeitpunkt ihrer Geltendmachung (ZPO § 135) und äussert sich im übrigen auch darüber nicht, was unter einer Einrede verstanden werden soll.

Sträuli-Hauser versteht darunter, wie eben erwähnt, die Geltendmachung prozessual bedeutsamer Tatbestände durch die Parteien ²⁸⁹. Nach dieser Definition kann auch die mangelhafte Vollmacht Gegen-

²⁸⁶ ZPO § 344 ff., Guldener, I, S. 252 A, 5.

²⁸⁷ Guldener, S. 189, Höpfner, S. 25.

²⁸⁸ Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO S. 249. Im Gegensatz zu Tatbeständen mit sachlicher Bedeutung, die durch eine andere Art von Einreden geltend gemacht werden. Hingegen bestreitet Bülow (Einreden S. 70) die Existenz von Prozesseinreden und anerkennt nur die Unterteilung der Einreden in peremptorische und dilatorische. Vgl. Keller-Pfisterer, § 114, A. 1., S. 152.

²⁸⁹ Vgl. auch Guldener, I, S. 151.

stand einer Prozesseinrede sein²⁹⁰. Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen, dass eine Prüfungspflicht des Gerichtes besteht; denn wie sich aus dem Beispiel der mangelnden Zuständigkeit ergibt, ist trotz Pflicht zur Prüfung von Amtes wegen auch die Erhebung einer Einrede durchaus möglich²⁹¹.

Der Einrede der mangelnden Zuständigkeit liegt u. a. die Ueberlegung zu Grunde, dass eine unwirksame Prozessführung weder im Interesse der Parteien noch des Gerichtes liege, da sie einen nutzlosen Aufwand an Zeit und Geld bedeutet. Diese Ueberlegung gilt unabhängig von der Ursache, die die Nichtigkeit des Prozesses nach sich zieht. Deshalb werden alle Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Urteil überhaupt ergehen kann, von Amtes wegen vorweg geprüft. Die Unzuständigkeit des Gerichtes stellt nun freilich in gewissen Fällen, im Gegensatz zur mangelnden Vollmacht, einen absolut unverbesserlichen Mangel dar. Fehlt es an der Vollmacht, so entsteht zunächst nur eine Unsicherheit über das Bestehen des Prozesses, ein Schwebezustand. Schon eine solche Unsicherheit ist aber nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Pflicht zur Prüfung der Vollmacht von Amtes wegen ist dazu ein taugliches Mittel. Dem Gesetzgeber hat nun aber diese Sicherung gegen fehlerhafte Prozesse nicht genügt und er hat deshalb in sein System eine zweite, in Form einer Parteieinrede, eingebaut. Erschien dies dem Gesetzgeber bei der Frage der Zuständigkeit nötig, so rechtfertigt es sich vor allem für alle anderen Prozessvoraussetzungen, in Anbetracht der diesbezüglichen ähnlichen Wirkungen der Vollmacht aber auch für diese.

Im allgemeinen wird über Einreden kein Zwischenurteil erlassen, ausser es lasse sich dadurch bedeutend Zeit und Kosten ersparen²⁹².

Da nun nach ZPO § 334, Ziff. 3, ein Rekurs möglich ist gegen Beschlüsse über Zulassung eines Vertreters, so setzt dies ein Zwischenurteil über diese Frage voraus, so dass hier also einer der von ZPO § 239, Abs. II, umfassten Ausnahmefälle vorliegt²⁹³. Hat die Partei

²⁹⁰ Auch Bülow (Einreden S. 70 ff.) betrachtet den Mangel der Vollmacht als eine Einrede und zwar als peremptorische. In diesem Werk über Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen findet sich auch die Begründung für die Ablehnung der sog. Prozesseinreden überhaupt.

²⁹¹ Vgl. auch Höpfner, S. 98.

²⁹² ZPO § 239, Abs. II.

²⁹³ Kein Weiterzug ans Bundesgericht im Falle der Zulassung, da dann kein Endurteil im Sinne von OG 48 vorliegt. Ueber die Möglichkeit der Berufung vgl. Leuch, Art. 194, N. 2.

gegen die Ablehnung des Vertreters den Rekurs ergriffen, so hat sie doch weiter zur Sache zu verhandeln²⁹⁴.

2. Kostentragung.

Es stellt sich die Frage, wer die Kosten trägt, die dem Gericht und den Parteien unnütz verursacht werden durch das Handeln des vollmachtlosen Vertreters.

ZPO 55 bestimmt, dass der Vertreter, der ohne Auftrag gehandelt habe, die Kosten selbst übernehmen müsse. Kann diese Bestimmung auch analog auf den Vertreter ohne Vollmacht angewandt werden?

Die Gültigkeit der Klageerhebung ist nicht abhängig vom Auftrag zur Prozessführung, sondern von der Vollmacht zur Prozessführung. Die Klageerhebung ist eine Prozesshandlung, die ein Vertreter für den Vertretenen gültig vornehmen kann auf Grund seiner Vertretungsmacht, die er durch die Bevollmächtigung erhält. Deshalb kann nur durch Handeln des Vertreters bei mangelnder Vollmacht bzw. Vertretungsmacht der Gegenpartei ein Schaden erwachsen, nicht aber, wenn er ohne Auftrag handelt. Auftrag steht hier durchaus im Sinne von Vollmacht. Die Terminologie ist ein Relikt aus einer Zeit, als die Vollmacht noch als etwas Unselbständiges, im Prozess vom Auftrag Untrennbares betrachtet wurde.

Freilich hatte schon Laband²⁹⁵ die Unabhängigkeit der Vollmacht von dem Grundverhältnis postuliert. Seine Ansicht setzte sich jedoch erst im Laufe der Zeit durch, so dass es sehr gut denkbar ist, dass bei der Schaffung der ZPO diese Neuerung noch nicht berücksichtigt wurde²⁹⁶. Es ist nicht zu vergessen, dass ein grosser Teil der Vorarbeiten zur neuen ZPO von 1913 lange vorher gemacht wurden.

Nach der Vor-Labandschen Auffassung kam es deshalb nicht darauf an, ob man sagte, der Vertreter handle ohne Auftrag oder ohne Vollmacht, da das eine ohne das andere nicht möglich war. Auch heute wird in den weitaus meisten Fällen kein Auftrag zur Prozessführung ohne entsprechende Vollmacht, oder eine Prozessvollmacht ohne Auftrag zur Führung eines Prozesses erteilt. Aller Wahrschein-

²⁹⁴ Keller-Pfisterer, Komm. aarg. ZPO § 44 IV.

²⁹⁵ Zeitschrift für das deutsche gesamte Handelsrecht 10/188 ff.

²⁹⁶ Vgl. OR 35. Das «vereinbart» in diesem Artikel ist ebenfalls als solcher Ueberrest zu betrachten.

Schurter-Fritzsche, Bd. 2, 2. Teil, S. 538 ff., spez. S. 541.

lichkeit nach liegt darin ein Grund, dass dieser Fehler in das Gesetz von 1913 kam²⁹⁷. Richtigerweise müsste es aber in ZPO 55 nicht «Auftrag», sondern «Vollmacht» heissen, da diese allein die Vertretungsmacht des Vertreters begründet, die ihrerseits bewirkt, dass seine Handlungen ihre Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen entfalten. Betrachten wir diese etwas summarische Regelung der Kostentragungspflicht von § 55 etwas genauer.

Der Schaden, den es infolge Handelns ohne Vollmacht zu decken gilt, wurde verursacht durch den Vertreter, der bei Gericht und Gegenpartei den Eindruck erweckt hat, er handle mit Vertretungsmacht. Die Kosten, die dadurch entstanden sind, werden als Vertrauensschaden bezeichnet²⁹⁸. Daraus folgt, dass derjenige die Kosten zu tragen hat, der die Täuschung des Vertrauens von Gericht und Gegenpartei veranlasst hat²⁹⁹, sofern ein solches Vertrauen überhaupt bestand.

Die Regelung der ZPO, dass der ohne Vollmacht handelnde Vertreter den Schaden zu tragen habe, wird in den meisten Fällen den Verhältnissen gerecht, indem es tatsächlich der vollmachtlose Vertreter ist, dem die Täuschung des Vertrauens zur Last gelegt werden kann. Immerhin wird der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse dadurch wenig Rechnung getragen.

Die Frage der gerechten Verteilung der Kosten wird dadurch kompliziert, dass der ohne Vollmacht auftretende Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, mit anderen Worten, dass gar keine Beziehungen entstehen zwischen seinen Handlungen und dem, den er zu vertreten vorgibt. Daraus folgt, dass auch die durch sein Handeln entstandenen Kosten nicht dem angeblichen Vollmachtgeber überbunden werden können, selbst wenn dieser die Täuschung des Vertrauens, evtl. indirekt, verursacht hat. Eine notwendige Konsequenz dieser Rechtslage ist, dass der Vertreter auch ohne Verschulden haftet.

Es bleibt lediglich die Möglichkeit eines internen Rückgriffes vorbehalten.

Betrachten wir die Tatsache im einzelnen.

- a) Der Richter hat bei Einleitung des Verfahrens den Mangel erkannt und gerügt.

²⁹⁷ Die ZPO von 1866 und 1874 enthalten keine dem § 55 entsprechende Regelung.

²⁹⁸ v. Tuhr, BGB II, S. 359.

²⁹⁹ Rosenberg, Lehrbuch, S. 208.

A. Der Vertreter wird zurückgewiesen.

B. Der Vertreter wird vorläufig zugelassen, kann aber innert der angesetzten Frist die Genehmigung nicht beibringen.

aa) Der Auftraggeber hat die Vollmacht in Aussicht gestellt, sie dann aber aus irgend einem Grund doch nicht erteilt. Hier ist zwar auch der Vertreter in seinem Vertrauen getäuscht, hat aber durch sein Verhalten seinerseits ebenfalls eine Täuschung bei Gericht und Gegenpartei hervorgerufen. Dass dies indirekt die Schuld des angeblichen Vollmachtgebers ist, ist für letztere unerheblich, da zwischen ihnen und dem angeblichen Vollmachtgeber keine Beziehungen bestehen, kraft deren sie auf ihn greifen könnten. Sie sind darauf angewiesen, dass der Vertreter auch ohne Verschulden haftet, wollen sie nicht selbst zu Schaden kommen. Sache des Vertreters ist es dann, sich gegebenenfalls durch seinen «Vollmachtgeber» entschädigen zu lassen.

bb) Der Vertreter hat als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Zu denken wäre etwa an einen Anwalt, der für seinen landesabwesenden, langjährigen Klienten einen Prozess führt, den der Klient nachträglich nicht genehmigt. Selbstverständlich hat der Anwalt die Kosten zu tragen. U. U. kann er einen Teil seiner Auslagen von seinem Klienten zurück- erhalten nach OR 419 ff ³⁰⁰.

Diese Regelung der Kostenfrage ist in allen den Fällen gerechtfertigt, wenn der Mangel durch das Gericht bei Anhebung des Prozesses erkannt und gerügt wurde. Der Vertreter kannte das Risiko, das er durch sein Handeln trotz Ausstehen der Vollmacht auf sich nahm. Hat aber das Gericht den Mangel übersehen, so muss an eine mindestens teilweise Kostentragung durch die Gerichtskasse gedacht werden ³⁰¹.

Eine ähnliche Situation findet sich nicht im OR. Die Verhältnisse sind insofern im Prozess komplizierter, als der Schaden hier unter Umständen durch zwei, nämlich den Vertreter und das Gericht verursacht bzw. mitverursacht sein kann.

b) Der Mangel der Vollmacht wurde erst im Laufe des Verfahrens durch Gericht oder Parteien festgestellt und gerügt.

³⁰⁰ Vgl. SJZ 20/37.

³⁰¹ ZPO § 75.

A. Die Verantwortlichkeit der Beamten.

Die Verantwortlichkeit der kantonalen Beamten ist in Ausführung von OR 61 durch das zürcherische EG zum ZGB § 224/25 geregelt ³⁰².

Es ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den Fall zu prüfen, dass der Richter durch das Unterlassen der Prüfung der Vollmacht Schaden verursacht. Nach EG § 229 greift EG 224/25 nur Platz, wenn nicht die Haftpflichtbestimmungen des ZGB und anderer Gesetze anwendbar sind. Ist nun ZPO 55 eine Haftpflichtbestimmung im Sinne von EG 229, die eine Haftung des Richters ausschliesst?

EG 229 behält nach unserer Ansicht nur die Bestimmungen vor, die eine andere Art der Haftung der Beamten begründen, z. B. im Sinne strengerer Haftungsbestimmungen für Urkundsbeamte, nicht aber Bestimmungen, die die Schadensdeckung durch eine andere Person vorsehen.

Zur Begründung dieser Auffassung ist folgendes zu sagen:

ZPO § 55 macht den Vertreter zunächst haftbar für den Schaden, unabhängig von dessen Verschulden ^{302a}. Dies ergibt sich aus dem letzten Satz dieses Paragraphen. Wie bereits erwähnt, ist diese Regelung nicht zufällig, sondern wohl begründet in der Tatsache, dass zwischen Gericht und Gegenpartei einerseits und angeblich Vertretenem andererseits gar keine Beziehung besteht, die eine Inanspruchnahme rechtfertigen würde ^{302b}. Da aber den Geschädigten nicht zugemutet werden kann, dass sie unter diesen Umständen ihre Kosten selbst tragen, wird der Vertreter, der praktisch in den meisten Fällen die Täuschung des Vertrauens nicht nur veranlasst, sondern auch verschuldet hat, dafür belangt. Diese Lösung rechtfertigt sich aber nicht, wenn das Gericht den Schaden mitverschuldet hat. Es besteht keine Veranlassung, dessen Verantwortlichkeit dem Vertreter zu überbinden und das Gericht nur subsidiär, d. h. bei Zahlungsunfähigkeit des Vertreters, zu belangen. Die Haftung des Vertreters aus ZPO § 55 ist zwar in gewissem Grade eine Kausalhaftung, die aber, wie auch in anderen Fällen von Kausalhaftung, eine Haftung oder Mit-

302 Die Haftung des Kantons für seine Beamten ist auf die in EG § 227 erwähnten Fälle beschränkt, umfasst also die Schäden nicht, die der Richter einem Dritten in Ausübung seines Amtes zufügt.

Reichlin, S. 26, BGE 49 II 298 für viele.

302a Sträuli-Hauser, Komm. zu ZPO § 55, N. 1.

302b Wach, Handbuch, I, S. 603.

haftung von anderer Seite nicht unbedingt ausschliesst. Nach teleologischer Auslegung kann deshalb die Anwendung von EG 229 nur ausgeschlossen sein im Fall des Bestehens anderer Vorschriften über den Umfang der Haftung. Dies trifft bei ZPO 55 nicht zu. Demnach ist ZPO 55 keine Bestimmung im Sinne des Vorhaltes von EG § 229. EG 224/25 ist deshalb grundsätzlich hier anwendbar.

Die Regelung der Haftung des vollmachtlosen Vertreters selbst bei Nichtverschulden findet sich auch im OR ³⁰³. Nur das positive Wissen oder schuldhaftes Nichtwissen des Dritten um die Vollmachtslosigkeit des Vertreters vermag dort den Vertreter zu entlasten. Auf die im Prozessrecht entsprechende Regelung ist noch einzutreten.

Da ZPO 55 der Anwendbarkeit des § 224 EG vorerst nicht im Wege steht, ist zu prüfen, ob in unserem Fall die Voraussetzungen von § 224 im einzelnen gegeben sind.

- aa) Der auf diese Weise entstandene Schaden muss durch den Richter in Ausübung seines Amtes entstanden sein. Die Amtsausübung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen ³⁰⁴. Unterlassen ist eine Amtshandlung, wenn eine Pflicht zur Vornahme bestanden hätte und der dadurch verursachte Schaden gilt als in Ausübung des Amtes entstanden ³⁰⁵. Da die ZPO den Richter zur Prüfung der Vollmacht verpflichtet, so begründet diese Unterlassung, wenn sie arglistig oder grob fahrlässig geschieht, dem Dritten gegenüber die Haftung des Richters.
- bb) Eine nachträgliche Schadensabwendung durch Rechtsmittel fällt hier gar nicht in Betracht.
- cc) Die Schadenzufügung ist widerrechtlich, da der Richter weder in Notstand noch in Pflichterfüllung u. ä. den Schaden mitverursacht hat ³⁰⁶.
- dd) In bezug auf die Schuldform muss Arglist oder grobe Fahrlässigkeit gegeben sein ³⁰⁷.
- ee) Der Kausalzusammenhang muss gegeben sein. Eine Unterlassung der Prüfung des Mangels muss geeignet sein, einen derartigen Erfolg herbeizuführen, «wenn ein Dritter nach allgemeiner Le-

303 BGE 46 II 412, Hellwig, System I, S. 185, 193, 204.

304 Schaller, S. 89.

305 Schaller, S. 118.

306 Vgl. Reichlin, S. 23, Schaller, S. 90 und dortige Zitate.

307 Schaller, S. 93 ff., EG § 224/25.

benserfahrung und bei Kenntnis aller Umstände die Möglichkeit des Schadenseintrittes hätte voraussehen können»³⁰⁸.

Für diesen Fall besteht demnach der Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung des Richters und dem Schaden³⁰⁹.

B. Der gute Glaube der am Prozess Beteiligten.

Befinden sich der Prozessgegner und das Gericht im guten Glauben, dass der Vertreter auch wirklich bevollmächtigt und der Prozess daher gültig sei, so ist der Schaden, der durch die Handlung eines Vertreters ohne Vollmacht entstanden ist, auf eine Vertrauens Täuschung zurückzuführen. Liegt eine solche nicht vor, so entfällt die Voraussetzung für die Schadensdeckung. Eine Haftung ist nur dem Gutgläubigen gegenüber gerechtfertigt³¹⁰.

aa) Der gute Glaube des Gerichtes.

Hat nun der Richter die ihm vorgeschriebene Prüfung der Vollmacht unterlassen oder einen evtl. Mangel nicht festgestellt, so kann er, falls ihm Arglist oder eine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, sich nicht mehr auf seine Gutgläubigkeit berufen, da sie auf einer schuldhaften «Nichtkenntnisnahme» beruht. Diese Bösgläubigkeit des Richters ist nicht ihm als Privatperson zuzurechnen, sondern dem Gericht, da er als dessen Funktionsträger erscheint.

Von aussen betrachtet besteht zwischen dem amtierenden Richter und dem Gericht Identität.

Der gute Glaube des Richters bzw. des Gerichtes ist aber erst zerstört, wenn der Richter arglistig oder, was hier eher in Frage kommt, grob fahrlässig vom Mangel der Vollmacht keine Kenntnis genommen hatte, oder ihn nicht rügte. Erst diese erhöhten Schuldformen fallen beim Richter in Betracht³¹¹. Was gegebenenfalls als grob fahrlässig zu bezeichnen ist im Hinblick auf die Art des Mangels ist von Fall zu Fall zu beurteilen.

bb) Der gute Glaube des Vertreters.

Da die Bevormundung und speziell auch die Beiratsbestellung nicht immer sofort veröffentlicht wird, ist es wohl denkbar, dass ein

308 Guhl, S. 65.

309 Schaller, S. 99, BGE 57 II 39, Oftinger, I, S. 44.
Becker, Komm. zu OR Art. 41, N. 22 ff.

310 Der Fall des vorläufig zugelassenen Vertreters gehört systematisch nicht hierher.

311 Vgl. Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 371.

rechtlich dazu Unfähiger eine Prozessvollmacht erteilt, ohne dass dem Bevollmächtigten aus seinem Nichtwissen ein Vorwurf gemacht werden könnte. Die Gutgläubigkeit Dritter wird erst durch die Publikation zerstört (ZGB 375 III).

cc) Der gute Glaube der Gegenpartei.

Wir wählen als Illustration dazu wiederum den Fall der Vormundschaft. Ist der Vertreter der Ueberzeugung, seine Vollmacht sei gültig erteilt, so ist doch möglich, dass die Gegenpartei von der Entmündigung oder Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers gehört hat. Macht sie die Einrede der mangelhaften Prozessvollmacht nicht geltend, so wird sie dies nur tun, wenn sie aus dieser Situation einen Vorteil zu ziehen hofft. Wird nun die mangelnde Vollmacht im Laufe des Verfahrens doch entdeckt, so soll diese Partei nicht noch ihre Kosten decken lassen können.

In Anbetracht der Vielfalt der zu beurteilenden Umstände kann für die einzelnen Kombinationen von Gut- und Bösgläubigkeit keine generell anwendbare Regel gegeben werden. Immerhin sollen die Grundsätze über den Entscheid der Kostentragung erwähnt sein:

Es gilt auch hier für Gegenpartei und Gericht: Dem Bösgläubigen kann kein Vertrauensschaden zugefügt werden, auch wenn der Vertreter um den Mangel seiner Vollmacht wusste; denn indem ihm der Mangel bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, ohne dass er dagegen Einspruch erhob, hat er das Risiko eines nichtigen Prozesses eben auf sich genommen und muss die Folgen tragen.

So hat z. B. der Richter den Schaden mitverschuldet, der vom Zeitpunkt an entstanden ist, indem er den vollmachtlosen Vertreter schuldhaft nicht zurückwies. Das zu Schaden gekommene Gericht kann infolge seiner Bösgläubigkeit keinen Ersatz seiner Kosten verlangen³¹². Ob der Staat den Richter, der diesen Schaden verursacht hat, belangen will³¹³, soll hier nicht mehr abgeklärt werden und die diesbezügliche Möglichkeit lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt sein³¹⁴. Der Schaden, der den Gutgläubigen entstanden ist, muss im Verhältnis des Mitverschuldens auf die Bösgläubigen verteilt werden.

312 ZPO § 75.

313 Dies würde sich in einem Kollegialgericht nur auf den Richter beziehen, der zur Prüfung der Vollmacht verpflichtet war.

314 Vgl. OR Art. 362, Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 377 ff.

II. Die Klage ist wirksam erhoben

1. Ein Vertreter tritt im Prozesse ohne Vollmacht auf. Auch wenn ein Vertreter erst im Laufe des Prozesses auftritt, hat er sich bei seinem ersten Erscheinen vor Gericht durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen³¹⁵. Kann er dies nicht, so wird ihm Frist zur Beibringung einer Vollmacht angesetzt, wobei wohl auch er einstweilig zugelassen werden kann. Kann er die Vollmacht innerhalb der Frist nicht beibringen, so ist er zurückzuweisen. Wurde die Partei über den Mangel in der Vollmacht ihres Vertreters benachrichtigt, so treffen sie die Säumnisfolgen, falls sie bei der Hauptverhandlung nicht anwesend ist; denn die Parteien gelten als ausgeblieben, wenn sie durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten sind. Betrifft es den Beklagten, so ergeht ein Entscheid nach Aktenlage (ZPO § 142), betrifft es den Kläger, so kann die Klage u. U. auch als zurückgezogen gelten. In den allermeisten Fällen wird diese Regelung auch keine Härte in sich bergen; denn der Vertreter wird alles daran setzen, sich durch eine formgerechte Vollmacht ausweisen zu können, sofern ihm eine solche z. B. mündlich erteilt wurde, da er andernfalls vom Vertretenen wegen ungetreuer Geschäftsführung zur Rechenschaft gezogen werden kann. Weigert sich hingegen der Vertretene, eine mündlich erteilte Vollmacht schriftlich zu bestätigen, so ist es nur billig, dass er das Säumnisurteil gegen sich gelten lassen muss.

Wird der Mangel später, d. h. nicht sofort beim ersten Auftreten des Vertreter, entdeckt, so wird diesem ebenfalls Frist angesetzt, die Genehmigung für die bereits vorgenommenen Handlungen oder evtl. die Beibringung einer nachträglichen Vollmacht vom angeblichen Vollmachtgeber zu erwirken. Gelingt ihm dies, so gilt sie, ausser wenn ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, zugleich auch als Genehmigung der bereits vorgenommenen Prozesshandlungen³¹⁶.

Lehnt der Vertretene die Genehmigung ab, so wird der Mangel endgültig. Gericht und Gegenpartei haben Verhandlungen ohne Partei geführt, was deren Unwirksamkeit zur Folge hat³¹⁷. Da aber die Klage rechtswirksam erhoben ist, muss ein Urteil ergehen. Das Ge-

315 Ausnahme: ZPO § 51.

316 ZPO § 54, Leuch, Art. 87, N. 3.

Ueber die Möglichkeit einer teilweisen Genehmigung vgl. Wach, Handbuch, S. 599, Hölderlin, S. 106 ff.

317 Ueber die Kostentragung vgl. Leuch, Art. 87, N. 4, BGE 46 II 412.

richt wird deshalb die Partei auffordern, selbst zur Verhandlung zu erscheinen oder einen Vertreter zu bevollmächtigen unter Androhung des Versäumnisverfahrens. Der durch das Handeln des vollmachtlosen Vertreters entstandene Schaden wird nach den bereits erwähnten Gesichtspunkten getragen.

2. Der Vertreter hat nur einzelne Prozesshandlungen in Ueberschreitung der Vollmacht ausgeführt.

Es ist notwendig, vorgängig der Behandlung dieser Frage einiges über Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht zu sagen. Die Vertretungsmacht kann als rechtliches Können³¹⁸, die Vertretungsbefugnis als rechtliches Dürfen aufgefasst werden³¹⁹. Erstere entsteht mit der Erteilung der Vollmacht und ist in bezug auf Inhalt und Umfang gegebenenfalls durch die Urkunde, allgemein durch den Willen des Vollmachtgebers, wie er nach aussen in Erscheinung tritt, bestimmt. Für den Umfang der Vollmacht im Verhältnis von Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer hingegen ist die Vertretungsbefugnis massgebend. Sie kann weiter oder weniger weit gehen als die Vertretungsmacht, je nach den Instruktionen, die der Vollmachtgeber dem Vollmachtnehmer erteilt. Diese internen Abmachungen haben aber nur Bedeutung zwischen den zwei direkt Beteiligten und können Dritten nicht entgegengehalten werden. Daraus ergibt sich, dass Handlungen des Vertreters, die er in Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis vorgenommen hat, gültig sind. Es besteht lediglich eine interne Verantwortlichkeit des Vertreters dem Vertretenen gegenüber.

Die ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Handlungen sind dagegen, falls sie nicht genehmigt werden, nichtig³²⁰. Damit würden auch alle Prozesshandlungen, die sich an diese nichtigen anschliessen und mit ihnen in Zusammenhang stehen, ungültig.

Nun rechtfertigt sich aber die Annahme der Nichtigkeit für Handlungen, die zwar von der Vollmacht nicht gedeckt, aber nur

318 nämlich das Hervorbringen direkter Wirkungen beim Vertretenen durch Handlungen des Vertreters. v. Tuhr, BGE, Bd. I, S. 165.

319 Hellwig, System I, S. 192.

320 Dies betrifft alle die in ZPO § 52 II genannten Geschäfte und die in Analogie dazu-gehörigen (vgl. oben). Da für diese eine spezielle Vollmacht nötig ist, können sie, nach positiv gesetzlicher Regelung, nicht in Ueberschreitung der Vertretungsmacht, sondern nur der Vertretungsbefugnis vorgenommen werden.

von untergeordneter Bedeutung sind, nicht. Sie müssen, sofern keine Partei den Mangel rügt, als genehmigt betrachtet werden³²¹.

Mit der Genehmigung der an der Basis liegenden fehlerhaften Prozesshandlung kann man alle darauf folgenden Prozesshandlungen als geheilt betrachten³²².

§ 20. Die Genehmigung

Die Genehmigung ist die Anerkennung der Handlungsergebnisse des Vertreters. Die Wirkungen sind genau gleich, wie wenn die Handlung mit Vollmacht, d. h. auf seiten des Vertreters mit Vertretungsmacht, vorgenommen worden wäre³²³. Sowenig eine Vollmacht nachträglich, also nach Vornahme der darauf sich stützenden Handlungen, widerrufen werden kann, sowenig kann die Genehmigung widerrufen werden. Die Wirkungen treten sofort mit deren Abgabe ein³²⁴.

Die Genehmigung kann, wie die Vollmacht, formlos erteilt werden. Sind nun aber an den *Nachweis* der Genehmigung die gleichen Aufforderungen zu stellen wie an denjenigen der Vollmacht? Der Hauptgrund, der bei der Vollmacht die qualifizierte Art des Nachweises bestimmte, ist folgender: Es ist Gericht und Gegenpartei nicht zuzumuten, eine lange Beweisaufnahme über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Vollmacht zu führen. Diese Ueberlegung würde auch hier für die erschwerte Form der Beweisführung sprechen. Die ZPO hat diese Konsequenz aber nicht gezogen, indem sie nur in bezug auf die Vollmacht diesen qualifizierten Beweis verlangt. Aus ZPO § 54 kann nämlich die Zulässigkeit der Genehmigung durch konkludente Handlung abgeleitet werden³²⁵, indem in der nachgebrachten Vollmacht, die die Vermutung begründet, die vorausgegangenen Handlungen seien durch sie auch gedeckt, tat-

321 Vgl. Wach, Handbuch, S. 400, 601. Er ist der Ansicht, dass Nichtigkeit nicht immer gerechtfertigt sei.

322 Höpfner, S. 18. Anders, wenn die fehlerhafte Prozesshandlung nicht genehmigt, sondern inhaltlich anders nochmals vorgenommen wird.

323 Guldener, S. 193.

324 Höpfner, S. 100.

325 Höpfner, S. 101, A. A. Leuch, Art. 87, N. 3, Keller-Pfisterer, § 44, N. 4, Rosenberg, Lehrbuch, I. A., S. 206. Jeder Beweis für die Genehmigung bereits vorgenommener Handlungen sei zugelassen. Stein-Jonas-Schönke, Komm. zur deutschen ZPO § 89 V.

sächlich eine stillschweigende Genehmigung enthalten ist. Das ganze Verfahren würde unerträglich kompliziert und schwerfällig, wollte man die Genehmigung erst dann als gültig anerkennen, wenn sie schriftlich oder durch die Partei selbst vor Gericht erklärt würde. Dies liesse sich ganz besonders dann nicht rechtfertigen, wenn lediglich eine einzelne Handlung ohne Vollmacht vorgenommen wurde, der Prozess aber dessen ungeachtet von der vollmachtlos vertretenen Partei fortgesetzt wurde und z. B. erst in zweiter Instanz entdeckt wird, dass die Vollmacht zu den betreffenden Handlungen nicht bestand. Durch die Weiterführung des Prozesses muss die betreffende Handlung als genehmigt gelten.

Schliesslich entsteht bezüglich der Genehmigung eine Sonderfrage, ob nämlich eine Prozessführung auch teilweise genehmigt werden könne ³²⁶. Selbstverständlich kann dies nur so weit gestattet sein, als es unter dem Gesichtspunkt der Zusammengehörigkeit gewisser Handlungen möglich ist. Dass beispielsweise der Abschluss eines Vergleiches genehmigt werden kann, ohne die vorausgehenden Verhandlungen, wäre unsinnig. Abgesehen von diesen Einschränkungen spricht aber nichts dagegen, nur einzelne Handlungen zu genehmigen, da es auch nicht unmöglich erscheint, Vollmacht zur Vornahme einzelner Prozesshandlungen einzuräumen.

Was den Zeitpunkt der Genehmigung anbetrifft, so muss sie innerhalb der dafür vom Gericht gesetzten Frist erfolgen, wenn auch nicht innerhalb der Zeit, in der die Handlung selbst noch vorgenommen werden könnte ³²⁷. Die Vornahme einer Prozesshandlung ohne entsprechende Vollmacht ist nicht gleichbedeutend mit Nichtvornahme. Sie kann vielmehr als unter einer suspensiv Bedingung vorgenommen betrachtet werden.

§ 21. Erlöschen der Vollmacht

Ist die Prozessvollmacht nur Bestandteil einer umfassenderen, allgemeineren Vollmacht nach OR, so ist es klar, dass sich die Prozessvollmacht nach der allgemeinen richtet und nach den Grundsätzen

³²⁶ Vgl. zu dieser Frage die eingehenden Erörterungen bei Höpfner, S. 105 ff. Wach, S. 599 ff. Ablehnend: Schönke, Lehrbuch, 1950, S. 91.

³²⁷ Höpfner, S. 106.

des OR erlischt ³²⁸. Es ist deshalb nur das Erlöschen der gewillkürten Prozessvollmacht zu behandeln. Die ZPO erwähnt in § 53, ähnlich wie OR 35, einige Ereignisse, die die Vollmacht untergehen lassen. Während das OR die Berücksichtigung einer abweichenden Parteivereinbarung oder besondere Umstände, die sich aus der Natur des Geschäftes ergeben, zulässt und die Erlöschungsgründe auf Vollmachtnehmer und Vollmachtgeber ausdehnt, sieht die ZPO von jeder Präzisierung ab und nennt ausschliesslich Tod, Konkurs und Entmündigung des Vollmachtgebers als Untergangsgründe der Vollmacht. Für die knappe Regelung dieser Frage im Prozessrecht besteht nun keine Begründung, die in den speziellen Verhältnissen des Prozesses liegen würde. Sie ermöglicht aber eine weitgehende Anpassung an die konkreten Verhältnisse. Die Erlöschungsgründe sind weder im OR noch in der ZPO erschöpfend aufgezählt ³²⁹. So kann die Vollmacht, sofern sie befristet ist, auch durch Zeitablauf, durch Erledigung des Geschäftes, für das sie erteilt wurde, oder gegebenenfalls durch den Eintritt einer Bedingung u. ä. erlöschen. Im Gesetz erwähnt sind vor allem die Fälle, die zu Zweifeln Anlass geben könnten.

Das Ende der Vollmacht bei Eintritt des Todes, der Handlungsunfähigkeit oder des Konkurses ist keine absolut notwendige Konsequenz aus der rechtlichen Beschaffenheit der Vollmacht. Deshalb kann z. B. der Vollmachtgeber nach OR bestimmen, die Vollmacht solle seinen Tod überdauern, oder eine Weiterführung des Geschäftes kann sich «aus der Natur des Geschäftes» ergeben.

Weshalb sollte dies nicht auch auf prozessrechtliche Verhältnisse anwendbar sein ³³⁰? Oft dauert es z. B. längere Zeit, bis feststeht, von wem die Erbschaft übernommen wird. Hat der Erblasser die Vollmacht mit Gültigkeit über seinen Tod hinaus erteilt, so wird der Prozess ohne weiteres fortgeführt. Nach Annahme der Erbschaft steht es dann den Erben frei, die Vollmacht zu widerrufen. Aber selbst wenn die Vollmacht mit dem Tode des Vollmachtgebers erlischt, kann der Vertreter als Folge des meist bestehenden Auftragsverhältnisses noch die Handlungen vornehmen, die zur Verhütung eines Schadens notwendig sind.

Dass die Vollmacht bei Konkurs erlischt, ist nur insofern ein not-

328 z. B. erlischt die Prokura nach OR 465 II nicht mit dem Tode des Vollmachtgebers. Vgl. OR 35 II.

329 Oser-Schönenberger, Komm. zu OR Art. 35, N. 1.

330 Für das Bundesrecht ist dies anerkannt in BGE 50 II 30 und BGE 75 II 193.

wendiges Resultat der konkursrechtlichen Ordnung, als die Konkursmasse in irgend einer Art mit dem pendenten Prozess verknüpft ist ³³¹. Trifft dies nicht zu, so ist das Erlöschen der Prozessvollmacht so wenig notwendig wie der Stillstand des Prozesses ³³². Eine Parteivereinbarung, wonach bei Konkurs des Vollmachtgebers die Vollmacht nicht erlöschen soll, ist in bezug auf Prozesse, die mit dem Konkurs nicht in Beziehung stehen, durchaus zulässig.

Aber auch nach dem Erlöschen der Vollmacht infolge Konkurses kann der Vertreter die unbedingt notwendigen Handlungen noch vornehmen, sofern der Vollmacht ein Auftrag zu Grunde lag. Soweit es sich dabei um Prozesse handelt, die die Konkursmasse betreffen, freilich nur unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die Konkursverwaltung ³³³.

Die Handlungsfähigkeit gilt für den zu Entmündigenden als verloren mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entmündigung. Besteht keine vertragliche Abmachung, so erlischt die von ihm erteilte Prozessvollmacht mit diesem Moment und nicht etwa erst mit der Vormundsbestellung, aber auch nicht schon mit der Einleitung der Entmündigung. Vorbehalten bleiben Massregeln der Vormundschaftsbehörde im Sinne von ZGB 386. Kann nun auch in diesem Fall die Vollmacht durch Parteivereinbarung weiter bestehen?

M. E. besteht gar keine Möglichkeit, sie über die vom Gesetz vorgesehene Zeit zu erstrecken ³³⁴, und zwar aus folgender Ueberlegung: Die Vollmacht erlischt erst mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entmündigung. Nach Einleitung des darauf hinzielenden Verfahrens kann das Gericht einen Prozess gemäss ZPO § 49 einstellen. Dies rechtfertigt sich speziell dann, wenn eine Entmündigung nach ZGB 370, z. B. wegen unvernünftigen Prozessierens, geplant ist. Dem soll sofort wirksam begegnet werden können. Im Hinblick auf solche Fälle dürfte diese Vorschrift auch ins Gesetz gekommen sein. Durch die Einstellung des Prozesses wird aber die Vollmacht nicht zum Erlöschen gebracht, sondern lediglich in ihrer Wirkung suspendiert. Sollte aus irgend welchen Gründen die Einstellung des Prozesses vor Eintritt der Rechtskraft der Entmündigung aufgehoben werden,

³³¹ Sträuli-Hauser, S. 108, Jaeger, Komm. zu SchKG Art. 207, N. 2, BGE 54 I 266. Blumenstein, S. 705 ff.

³³² Vgl. SchKG Art. 207, Sträuli-Hauser, ZPO § 48, S. 109.

³³³ Sträuli-Hauser, Komm. ZPO § 48, N. 2, S. 109, BGE 23/1639.

³³⁴ A. A. Schönke, Lehrbuch, 1949, S. 95.

könnte der Vertreter den Prozess weiterführen. Bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entmündigung besteht die Vollmacht also auch ohne spezielle Vereinbarung³³⁵. So kommt eine Verlängerung der Gültigkeit der Vollmacht durch Parteiwillen höchstens in der Zeitspanne zwischen rechtskräftiger Entmündigung und Vormundsbestellung in Frage, keinesfalls darüber hinaus; denn wenn einmal ein Vormund da ist, der unter Vorbehalt der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde die Prozesse für das Mündel zu führen hat, so wird dadurch der gewillkürte Vertreter ausgeschlossen. Von diesem Moment an kann der Anwalt nur auf Grund einer Vollmacht des Vormundes prozessieren. Jede andere Regelung würde den Verhältnissen nicht gerecht. Somit bliebe, wie bereits gesagt, nur noch der Zeitraum zwischen rechtskräftiger Entmündigung und der Vormundsbestellung für ein Weiterwirken der Vollmacht kraft Parteiwillens.

Es wäre nun aber sinnwidrig, anzunehmen, der Prozess könne zwar nach Einleitung des Entmündigungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung eingestellt werden³³⁶, nachher aber auf Grund einer entsprechenden Klausel in der Vollmachtsurkunde³³⁷ durch den Anwalt weitergeführt werden, bis ein Vormund ernannt ist. Die ZPO ist eben davon ausgegangen, dass nach der Entmündigung, wenn nicht der Vormund, so doch jedenfalls die Vormundschaftsbehörde über die Weiterführung des Prozesses befinden könne. Zu Recht! Es ist ja auch nach der Bestellung des Vormundes nicht dieser, der über Weiterführung oder Einstellung des Prozesses befindet, sondern die Vormundschaftsbehörde. Das kann sie aber auch tun, ohne dass ein Vormund bereits bestellt ist.

Aus diesen Gründen erscheint die Bestimmung im offiziellen Vollmachtsformular des Vereins zürcherischer Rechtsanwälte praktisch bedeutungslos, wonach die Vollmacht auch mit der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlöschen solle. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Vollmacht bei Tod, Handlungsunfähigkeit und Konkurs des Vollmachtgebers erlischt, wenn eine anders lautende Vereinbarung nicht getroffen wurde. Hat sich aber der Anwalt in der vom Klienten unterzeichneten Urkunde die Weiterdauer der Vollmacht zusichern lassen, so ist dies, mit Ausnahme im Falle der Handlungsfähigkeit, in dem Umfange zulässig, als

³³⁵ Vorbehalten bleibt eine vormundschaftliche Massnahme nach ZGB 386.

³³⁶ Nach § 49 ist dies nur bis zu diesem Zeitpunkt möglich.

³³⁷ Vgl. Schönke, Lehrbuch, 1950, S. 95.

dadurch nicht zwingende Vorschriften eines andern Gesetzes verletzt werden.

Der Bevollmächtigte darf seine Vollmacht ohne spezielle Ermächtigung nicht an einen Substituten übertragen. Der Grund dieser Regelung ist klar: Das Vertrauensverhältnis zwischen Klient und Vertreter gestattet es nicht. Von diesem Gesichtspunkt aus kann auch nicht angenommen werden, die Vollmacht gehe bei Tod des Bevollmächtigten an einen Dritten über. Was der Anwalt bei Lebzeiten nicht kann, bewirkt auch sein Tod nicht. Ausserdem ist die Vollmacht kein Vermögensteil des Verstorbenen und damit nicht vererblich³³⁸.

Anders, wenn der Klient dies ausdrücklich vorsieht. In dieser Erklärung läge dann gewissermassen eine unter einer Bedingung erteilte Substitutionsvollmacht, wobei die Bedingung mit dem Tod des Bevollmächtigten als eingetreten zu gelten hat.

Verliert der Bevollmächtigte die Handlungsfähigkeit, so erlischt die Vollmacht ebenfalls, selbst wenn der Vollmachtgeber dies verhindern wollte. Die Vorschrift von ZPO § 34 I, wonach der Prozessvertreter in den bürgerlichen Ehren und Rechten stehen müsse und damit nach zurückerischem EG § 48 handlungsfähig sein muss, ist, weil im öffentlichen Interesse stehend, zwingend. Selbst wenn der Klient es auf sich nehmen wollte, durch einen handlungsunfähigen Bevollmächtigten vertreten zu werden, ist es Gericht und Gegenpartei nicht zuzumuten.

Fällt der Vertreter in Konkurs, so ist er während des Konkursverfahrens im Aktivbürgerrecht eingestellt³³⁹. Damit sind sowohl die Voraussetzungen für einen Prozessvertreter nach RAG § 1 als auch nach ZPO § 34 I nicht mehr erfüllt, da das Aktivbürgerrecht einen Teil der bürgerlichen Ehren und Rechte darstellt³⁴⁰. Aus der gesetzgeberischen Absicht, die mit diesem Erfordernis verbunden ist, lässt sich schliessen, dass bereits eine teilweise Einstellung genügt, sollte doch damit erreicht werden, dass nur in jeder Hinsicht integre Personen als Vertreter vor Gericht auftreten können, was immerhin im Falle eines Konkurses nicht unbedingt zutrifft. Ausserdem wird durch einen Konkurs das Vertrauen des Klienten meist in einem Masse

338 Hupka, S. 380, Oser-Schönenberger, Komm. OR Art. 35, N. 4. ZGB Art. 560, Abs. II.

339 Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 27. Mai 1913, § 17. Vgl. dazu Schurter-Fritzsche, Bd. II, 2. Teil, S. 533, N. 902.

340 Vgl. Hafter, Allg. Teil des StGB, S. 309 ff., spez. auch S. 313.

erschüttert, das zum vornherein zur Annahme berechtigt, er wolle seine Vollmacht zurückziehen. Deshalb gilt die Vollmacht mit Einleitung des Konkurses des Vertreters als erloschen.

Selbstverständlich trifft dies auch für Vertreterinnen zu. Lediglich aus dem Umstand, dass sie das Aktivbürgerrecht nicht besitzen, kann nicht geschlossen werden, dass sie im Falle eines Konkurses anders behandelt werden sollen als ihre männlichen Kollegen, so wenig sie in Kantonen, die zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes das Aktivbürgerrecht verlangen, von diesem Beruf ausgeschlossen sind ³⁴¹.

Erweist es sich während oder nach Abschluss des Verfahrens, dass durch den Konkurs oder die Pfändung des Vertreters zugleich ein Tatbestand des Strafgesetzbuches ³⁴² erfüllt wurde, so sind für die Einstellung in den bürgerlichen Ehren und Rechten die Bestimmungen jenes Gesetzes massgebend. Die Kantone können seit der Vereinheitlichung des StGB lediglich noch Ausführungsbestimmungen zu Art. 1, Abs. III, des Bundesgesetzes vom 29. IV. 1920 erlassen ³⁴³, von welcher Kompetenz der Kanton Zürich keinen Gebrauch gemacht hat.

Ist der Vertreter durch Urteil des Strafrichters in den bürgerlichen Ehren und Rechten eingestellt, so verhindert, ähnlich wie bei Verlust der Handlungsfähigkeit, auch eine gegenteilige Erklärung des Vollmachtgebers das Erlöschen der Vollmacht nicht. Es steht dem in diesen Rechten Eingestellten nicht an, vor den staatlichen Gerichten die Sache eines anderen zu vertreten, der sich in einer eigenen Angelegenheit ein ehrenrühriges Verhalten hat zu Schulden kommen lassen. Die Gefahr, dass er sich gegebenenfalls auch in dieser Beziehung unsauberer Machenschaften bedient, kann nicht in Kauf genommen werden. Das Erfordernis der bürgerlichen Ehren und Rechte ist hier, ohne Einschränkung, als zwingend anzusehen.

Kann dem Vertreter die fruchtlose Pfändung oder der Konkurs nicht zum Vorwurf gemacht werden, so wird er in den bürgerlichen Ehren und Rechten nicht eingestellt. Der Weiterführung des Prozesses durch ihn steht nichts entgegen. Es hindert deshalb den Klienten nichts, dem Vertreter zu gestatten, weiter für ihn tätig zu werden, falls dies in der Vollmacht ausdrücklich vorgesehen war. Fehlt eine

³⁴¹ Keller-Pfisterer, Komm. aarg. ZPO § 45, N. 1.

³⁴² StGB Art. 163 bis 165, 167 bis 170.

³⁴³ Thormann/Overbeck, Komm. StGB Art. 171, N. 3, 4, 5.

dahingehende Vereinbarung, so ist davon auszugehen, dass die Vollmacht erloschen ist.

Auch die Vollmacht des Armenanwaltes fällt aus den gleichen Gründen dahin, wie diejenige des gewillkürten Vertreters. Nur kann hier wohl die Dauer der Vollmacht nicht durch Parteiwillen verlängert werden. Darüber hinaus ergeben sich aus den hier bestehenden speziellen Verhältnissen noch weitere Erlöschensgründe³⁴⁴, so z. B. wenn der Partei nach ZPO § 86 die Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung entzogen wird.

§ 22. Aufhebung der Vollmacht ³⁴⁵

I. Aufhebung der Vollmacht durch den Bevollmächtigten

Da die Wirksamkeit der Bevollmächtigung nur vom Zugang der Erklärung, nicht aber von deren Annahme durch den zu Bevollmächtigten abhängt, kann sich der Adressat der Vollmacht gegen eine Erteilung gar nicht wehren. Dies ist aber deshalb nicht von Bedeutung, weil der Bevollmächtigte dadurch gar keine Pflicht übernimmt. Eine solche wird für ihn erst begründet durch das Rechtsverhältnis, welches der Vollmacht meist zu Grunde liegt. Kündigt der Vertreter dieses Grundverhältnis und wird die Kündigung vom Vertretenen angenommen, so gilt damit die Vollmacht als widerrufen. Liegt aber der Vollmacht kein solch kündbares Verhältnis zu Grunde, so kann sich der Bevollmächtigte ihrer nicht auf irgend eine Art entledigen³⁴⁶.

Da im Prozess allermeistens die Vollmacht mit einem Auftrag verbunden ist, hat der Bevollmächtigte Gelegenheit, den Vollmachtgeber zum Widerruf zu veranlassen, indem er das Mandat niederlegt³⁴⁷.

³⁴⁴ Leuch, Komm. bern. ZPO S. 102, Art. 81, N. 4, ZBJV 70/559, Heuberger, S. 91.

³⁴⁵ Auch hier beurteilt sich die Prozessvollmacht, die einer gesetzlichen Vertretungsmacht entspringt, nach materiellem Recht. Aber auch auf den gewillkürten Vertreter sind, in Ermangelung spezieller prozessrechtlicher Vorschriften, die Normen des OR anwendbar, weshalb dieser Paragraph kurz gefasst werden kann.

³⁴⁶ Oertmann, Komm. BGB § 168 1 d, Planck, BGB § 168 3 b, Hupka, S. 390, A. A. v. Tuhr, BGB, Bd. 2, 2. Teil, S. 388 ff. Vgl. für die Begriffe des Widerrufs und der Kündigung: Hodler, S. 25.

³⁴⁷ Vgl. aarg. ZPO § 48. Leuch, Komm. bern. ZPO Art. 88, N. 1. Die Gesetze von Bern und Aargau scheinen sich von der Vorstellung der Verbundenheit von Auftrag und Vollmacht auch noch nicht ganz gelöst zu haben.

II. Aufhebung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber

1. Widerruf der Vollmacht.

Der Widerruf ist wie die Vollmachterteilung ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft³⁴⁸. Dass er jederzeit ausgeübt werden kann und notwendig mit der Vollmacht verbunden ist, ergibt sich aus dem Wesen der Vollmacht. Der Bevollmächtigte ist in der Lage, durch seine Handlungen in die persönliche Sphäre des Vollmachtgebers einzugreifen. Dies kann nur solange gestattet sein, als der Vollmachtgeber damit einverstanden ist. Andernfalls läge in der Vollmachterteilung eine unerträgliche Beschränkung der Persönlichkeitsrechte³⁴⁹. Aus diesem Grunde ist es nach schweizerischem Recht auch unmöglich, auf das Widerrufsrecht zu verzichten³⁵⁰.

Der Widerruf der Vollmacht zur Prozessführung vollzieht sich nach den gleichen Grundsätzen wie im OR. Er kann formlos erfolgen³⁵¹. Vereinfacht werden die Verhältnisse durch die beschränkte Anzahl der am Prozess beteiligten Personen. Die Vollmacht muss nur dem Gericht kundgegeben werden. Daraus folgt, dass auch nur dieses als Adressat des Widerrufs in Frage kommt³⁵². Liegt bei den Gerichtsakten eine Vollmachtsurkunde, so müsste diese, nach den Grundsätzen des OR, zurückgegeben werden. Es scheint sich aber eine Praxis in dem Sinne herausgebildet zu haben, dass die Vollmacht als Aktenstück zurückbehalten wird und die Widerrufserklärung des Klienten bzw. die Erklärung des Anwaltes über die Niederlegung seines Mandates dazugelegt wird. Die Zurückbehaltung der Vollmachtsurkunde ist zum Zweck der Beweissicherung über die Gültigkeit des Verfahrens gerechtfertigt. Nimmt der Anwalt die Führung des gleichen Prozesses wieder auf, so hat er eine neue Vollmacht beizubringen.

348 Hodler, S. 78.

349 Dass der Widerruf eine notwendige Ergänzung zur Vollmacht darstellt, weist Hodler, S. 79 ff. überzeugend nach.

350 Oser-Schönenberger, Komm. Art. 34, Nr. 7, 8. Er sagt: Dort, wo der Grund für die Ablehnung des Ausschlusses der Widerruflichkeit nicht mehr zutrefte, könne die Unwiderruflichkeit der Vollmacht vereinbart werden. Becker, Komm. OR Art. 34, N. 2. Auch das deutsche Recht, das in gewissem Umfang den Widerrufsverzicht anerkennt (Hupka, S. 397), lehnt ihn bezüglich der Prozessvollmacht ab. Siehe Oertmann, Komm. BGB § 168, 5.

351 Keller-Pfisterer, Komm. aarg. ZPO § 49, N. 1.

352 v. Tuhr, OR I, S. 323.

Die Bekanntgabe des Widerrufs der Vollmacht an das Gericht ist, wie der Nachweis der Vollmacht, nur eine Ordnungsvorschrift ³⁵³.

Die Vertretungsmacht erlischt durch die Erklärung des Vollmachtgebers an den Vollmachtnehmer. Dieser Widerruf ist gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ³⁵⁴.

Die Vollmacht des Substituten erlischt unmittelbar mit dem Widerruf der Vollmacht des Substituenten, wenn es sich, wie dies im Prozess der Fall ist, um eine sog. echte Substitution handelt ³⁵⁵. Hier leitet sich die Substitutionsvollmacht von der des Substituenten ab (auch wenn der ursprüngliche Vollmachtgeber zur Vollmachterteilung seine Zustimmung gegeben hat) und erlischt deshalb gleichzeitig mit ihr ³⁵⁶.

Die Vollmacht des Armenanwaltes kann durch die vertretene Partei ebenfalls jederzeit und ohne weiteres widerrufen werden. Durch den Widerruf der Vollmacht erlischt das Grundverhältnis an sich nicht, nur kann der Vertreter praktisch den Prozess nicht weiterführen. Deshalb liegt im Entzug der Vollmacht eine stillschweigende Kündigung des zu Grunde liegenden Vertrages.

2. Die Kündigung.

Wird das Grundverhältnis gekündigt, so erlischt die Vollmacht nur, wenn der Vertretene dadurch konkludent zum Ausdruck bringt, dass er nicht mehr durch diesen Bevollmächtigten vertreten werden wolle. Ob dies zutrifft, ist im Einzelfalle unter Berücksichtigung aller Umstände zu beantworten ³⁵⁷. Kann die Frage bejaht werden, so gilt die Vollmacht als widerrufen.

³⁵³ Leuch, Komm. zur bern. ZPO § 88, N. 1.

³⁵⁴ OR Art. 37. Oser-Schönenberger, Komm. OR Art. 34, N. 11. Der gute Glaube kann auch durch anderweitige Kenntnisnahme zerstört werden. Becker, Komm. OR Art. 37, N. 1.

³⁵⁵ Vgl. Becker, Komm. zu Art. 33, N. 14.

³⁵⁶ A. A. Hodler, S. 89. In seinen Ausführungen über die Substitution und den Widerruf der Substitutionsvollmacht scheint ein gewisser Widerspruch zu bestehen. Vgl. S. 88 und 89.

³⁵⁷ Denkbar wäre es, dass der Klient dem Anwalt das Mandat entzieht, weil er die Anwaltskosten nicht mehr tragen kann, aber nichts dagegen hat, wenn der Anwalt den Prozess trotzdem zu Ende führen will.

Literaturverzeichnis

- Affolter A., «Vollmacht nach OR» in ZBJV, Bd. 21/113.
- Becker H., Kommentar zum OR Art. 184—311. Bern 1922. Kommentar zum OR Art. 1—183, 2. A. Bern 1946.
- Becksche Kurzkommentare, Baumbach-Lauterbach, «Zivilprozessordnung», 19. A. München und Berlin 1950.
- Blumenstein, Ernst, «Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes». Bern 1911.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes, Bundesblatt 1928, S. 253/54.
- Bülow, O., «Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen». Giessen 1868. — «Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten.» Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 62, S. 1 ff.
- Burckhardt, W., «Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz im Bundesstaat» in ZBJV 68/319. — «Einführungen in die Rechtswissenschaft.» Zürich 1939. — «Organisation der Rechtsgemeinschaft.» 1. A. Basel 1927, und 2. A. Zürich 1944. — «Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung.» 3. A. Bern 1931. (Zit. Burckhardt BV.)
- v. Canstein, «Ueber Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht» in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allg. dts. Handelsrechtes. Bd. 21/291.
- Eccius, «Zur Lehre von der Vollmacht nach BGB» in Beiträge zur Erläuterung des dts. Rechtes, Bd. 47/209.
- Egger, Kommentar zum Personenrecht, 1. A., Zürich 1911, 2. A., Zürich 1930. — Kommentar zum Familienrecht, 1. A., Zürich 1911. — Kommentar zum Familienrecht, Art. 90—251, 2. A., Zürich 1933. — Kommentar zum Familienrecht, Art. 252—359, 2. A., Zürich 1943. — Kommentar zum Familienrecht, Art. 360—456, 2. A., Zürich 1948.
- Engisch, Karl, «Prozessfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit» in der Festgabe für Leo Rosenberg. München und Berlin 1949.
- Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bd. 1.
- Escher, A., Kommentar zum Erbrecht, 2. Halbband, Zürich 1943.
- Eule, Erich, «Die über den Tod des Machtgebers erteilte Vollmacht», Breslau 1933.
- Fehr, Emil, «Das Schiedsgericht in der Schweizerischen Zivilprozessgebung». Diss. Zürich 1903.

- Fick, H., Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht. Bd. 1, 1. A. Zürich 1911.
- Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes. 6. und 7. A. Tübingen 1928. — «Die Zeugnispflicht des Arztes gegenüber dem Eidgenössischen Versicherungsgericht» in schweiz. Zeitschrift für Unfallkunde 1925, S. 265 ff.
- Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 1, 15. A. Tübingen 1933.
- Giacometti, Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Zürich 1949. — Staatsrecht der schweizerischen Kantone. Zürich 1941.
- Giesker, Hans, «Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimssphäre», Zürich 1905.
- Gmür, Kommentar zum Familienrecht, 2. A. Bern 1923.
- Goldschmidt, James, «Der Prozess als Rechtslage». Berlin 1925.
- Good, Werner, «Die vormundschaftliche Vermögensverwaltung». Diss. Bern 1938.
- Guggenheim, Charles, «Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten». Diss. Zürich 1944.
- Guhl, Theo, «Das schweizerische Obligationenrecht», 4. A. Zürich 1948.
- Guldener, Max, «Das Schweizerische Zivilprozessrecht», Bd. 1. Zürich 1947.
- Hafer, Ernst, «Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes», Allg. Teil, 2. A. Bern 1946.
- Hafer, Kommentar zum Personenrecht, 2. A. Bern 1919.
- Hellmann, Frdr., «Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes». München 1886.
- Hellwig, K., «Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes», Bd. 1 und 2. Leipzig 1903 und 1907. — «System des Deutschen Zivilprozessrechtes», 2 Bde. Leipzig 1912, 1919. — «Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte» in der Festgabe für Otto Gierke. Bd. II. Breslau 1910. — Besprechung von Rosenbergs «Stellvertretung im Prozess» in ZJP 39/363 ff.
- Heuberger, H., «Das Armenrecht der aargauischen Zivilprozessordnung». Diss. Bern 1946.
- Hohl, Johannes, «Die Vertretungsmacht der Eltern und die beschränkte Handlungsfähigkeit des Kindes nach dem Schweiz. ZGB. Diss. 1916.
- Höpfner, Wilhelm, «Vertretung ohne Vollmacht im Zivilrecht». Göttingen 1899.
- Hupka, Josef, «Die Vollmacht». Leipzig 1900.
- Hürlimann, Max, «Die Stiftungen. Ihre Behandlung im zukünftigen Schweiz. ZGB.» Diss. Leipzig 1907.
- Jaeger, C. und Marta Daeniker, «Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 bis 1945», 2 Bde. Zürich 1947.
- Karlowa, Otto, «Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen». Berlin 1877.
- Kaufmann, J., Kommentar zum Familienrecht, 2. A. Bern 1924.
- Kaufmann, J., «Die Stellung des Beirates nach Art. 395, Abs. 1, ZGB» in der SJZ 24/125 ff.
- Keller-Pfisterer, «Die ZPO für den Kt. Aargau», 3. A. Aarau 1947.
- Koepfen, Albert, «Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden» in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes, Bd. 11. Jena 1871.

- Kolb, Alfred, «Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht». Diss. Zürich 1935.
- Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft.
- Laband, «Stellvertretung nach HGB» in Zeitschrift für das gesamte deutsche Handelsrecht, Bd. 10/183 ff.
- Lenel, Otto, «Stellvertretung und Vollmacht» in Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 36/1 ff.
- Leonhard, R., «Der allgemeine Teil des BGB». Berlin 1900.
- Leuch, G., «Die ZPO für den Kt. Bern», 2. A. Bern 1937.
- Lorenz, Fritz, «Die prozessuale Vertretungsmacht der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft». Diss. Leipzig 1916.
- Lüscher, Alice, «Die beiden Arten der Beiratschaft». Diss. Bern 1944.
- Lutz, Oskar, «Kann der Gemeinschuldner im Massaprozess als Zeuge einvernommen werden?» in SJZ 27/242.
- Mutzner, Raetus, «Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht». Diss. Zürich 1939.
- Oertmann, Paul, Kommentar zum BGB, Allg. Teil, 3. A. Berlin 1927.
- Oftinger, Karl, «Schweizerisches Haftpflichtrecht», Bd. 1. Zürich 1940.
- Oser-Schönenberger, Kommentar zum OR, 2. A. Zürich 1928, 1936, 1942.
- Peter, Adolf, «Die Urteilsfähigkeit». Diss. Bern 1940.
- Pfander, Helen, «Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB». Diss. Bern 1932.
- Pinösch, Jan, «Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht». Diss. Zürich 1936.
- Planck, J. W., «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», Bd. 1. München 1896.
- Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. A. Berlin 1913.
- Protokoll über die Beratung der Zivilprozessordnung 1863–1865 (Zürich)
- Protokolle zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. I, VI.
- Regelsberger, Ferdinand, «Pandekten», Bd. 1, Leipzig 1893.
- Reich, Werner, «Die Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels». Diss. Zürich 1941.
- Reichlin, Paul, «Von der Schadenersatzpflicht der Beamten und des Staates». Diss. Zürich 1935.
- Rosenberg, Leo, «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», 4. A. München 1949. — «Stellvertretung im Prozess.» Berlin 1908.
- Rossel et Mentha, «Manuel du Droit Civil Suisse», 2. A. Lausanne 1922.
- Schaller, Viktor, «Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht». Diss. Zürich 1944.
- Schlossmann, Siegmund, «Die Lehre von der Stellvertretung», 1. Teil. Leipzig 1900.
- Schmidt, Richard, «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», 2. A. Leipzig 1906.
- Schönke, Adolf, «Zivilprozessrecht». Karlsruhe 1949.
- Schudel, Hedwig, «Das Institut der Beiratschaft nach Art. 395 ZGB». Diss. Zürich 1929.

- Schuppisser, Otto, «Das zivilprozessrechtliche Schiedsgericht, bes. seine rechtliche Struktur». Diss. Bern 1922.
- Schurter-Fritzsche, «Zivilprozessrecht der Schweiz», Bd. II, 2. Teil. Zürich 1933.
- Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Mai 1950. «Kann sich eine AG im Prozess durch ihren Prokuristen vertreten lassen?»
- Seeger, Hans, «Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers». Diss. Bern 1927.
- Seifert, Max, «Die prozessrechtliche Stellung der beiden Ehegatten auf Grund von Art. 168 ZGB». Diss. Zürich 1935.
- Siegwart, A., «Das Aktienrecht». Kommentar zu Art. 620–659. Zürich 1945.
- Siegwart, A., «Die Personengesellschaften». Kommentar zu Art. 530–619. Zürich 1938.
- Specker, Karl, «Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht». Diss. Zürich 1910.
- Stein, Friedrich, «Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte» von Hellwig, besprochen durch Stein in ZJP 41/417.
- Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 17. A. Tübingen 1949.
- Sträuli, Hans, «Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Gesetzgebung». Diss. 1932.
- Sträuli-Hauser, «Gesetz betreffend den Zivilprozess», 2. A. Zürich 1939.
- Thalmessinger, Charlotte, «Beiträge zur Lehre der Vollmacht». Diss. Zürich 1931.
- Thormann und v. Overbeck, Kommentar zum Schweiz. Strafgesetzbuch. Zürich 1941.
- Trüb, Th., «Die Beistandschaft des Schweiz. ZGB». Diss. Bern 1912.
- v. Tuhr/Siegwart, 2 Bde. «Allgemeiner Teil des Schweiz. OR», 2. A., Zürich 1942.
- v. Tuhr, A., «Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts». 1. Band. Leipzig 1910. 2. Band, 1. Teil. Leipzig und München 1914. 2. Band, 2. Teil. Leipzig und München 1918.
- Tuor, P., Kommentar zum Erbrecht. Bern 1929. — «Das Schweizerische ZGB», 5. A. Zürich 1948.
- Vetter, Georg, «Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht». Diss. Zürich 1920.
- Vogel, Jakob, «Die Prokura nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht». Diss. Bern 1903.
- Wach, Adolf, «Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts», 1. Bd. Leipzig 1885.
- Weissmann, Josef, «Das Forum Prorogatum». Diss. Zürich 1935.
- Wieland, Carl, «Handelsrecht», Bd. I. München 1921–1931.
- Wimowski und Levy, «ZPO und GVG für das deutsche Reich». Berlin 1878.
- Wolf, Elias, «Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze» in ZSR, Band 51.
- Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege, Bd. 20, S. 360.

Lebenslauf

Ich wurde am 29. November 1925 in Zürich geboren. Die Mittelschule absolvierte ich in Schaffhausen und schloss sie 1945 mit der Maturität Typus B ab. Nach einer halbjährigen praktischen Tätigkeit immatrikulierte ich mich im Frühjahr 1946 an der Universität Zürich. Mit Ausnahme eines Semesters, das ich zu einem Studienaufenthalt in Hamburg benützte, studierte ich in Zürich. Während der Semesterferien im Frühjahr 1948 arbeitete ich als Ferienauditorin auf dem Bezirksgericht in Winterthur. Einen weiteren Teil meiner Ferien- und Freizeit verwandte ich darauf, mir die notwendigen Bureaukenntnisse anzueignen. 1951/52 legte ich in Zürich meine Prüfungen ab.

